

**Vorläufiger Rechtsschutz
in selbständigen
Familienrechtsverfahren**

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die **Rechtswissenschaftliche Fakultät**
der
Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Jürgen Micus
Brakel

1986

*Diss
Münster*

VORLAUFIGER RECHTSSCHUTZ
IN SELBSTÄNDIGEN
FAMILIENRECHTSVERFAHREN

Inauguraldissertation zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Jürgen Micus aus Brakel

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Wilfried Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Helmut Kollhosser

Dekan: Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Februar 1986

Meinen Eltern

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Einleitung	1
Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes	1
Gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes	2
Terminologie	4
Aufspaltung	5
Verfahrensrecht der "isolierten Familienrechtsverfahren" des § 621 Abs. 1 ZPO	5
I. "Andere Familiensachen" gemäß § 621 Abs.1 ZPO	5
II. Maßgebliches Verfahrensrecht	7
1. Verfahrensrecht der FGG-Familiensachen	8
2. Verfahrensrecht der ZPO-Familiensachen	9
3. Verfahrensrecht des vorläufigen Rechtsschutzes - analoge Anwendung der §§ 620 ff. ZPO	10
a) Generelle Analogie in Rechtsprechung und Literatur	11
aa) Schrifttum	11
(1) Herrschende Meinung	11
(2) Mindermeinung	11
bb) Rechtsprechung	13
b) Gesetzeslücke als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Analogie	13
aa) Geschichtliche Entwicklung	14
bb) Sinn und Zweck der §§ 620 ff. ZPO	15
4. Zwischenergebnis	16
Vorläufiger Rechtsschutz in selbständigen Familienrechtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	17
I. Allgemeine Grundsätze des vorläufigen Rechtsschutzes in FGG-Familiensachen	17
1. Gesetzliche Regelung	17
2. Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen außerhalb gesetzlicher Regelungen	18
a) Rechtspraxis bis zum Inkrafttreten des 1.EheRG	19
b) Rechtslage seit Inkrafttreten des 1.EheRG	20

	Seite
3. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen	23
a) Sachliche, örtliche und instanzielle Zuständigkeit	23
b) Anhängigkeit eines Hauptverfahrens	24
c) Antragserfordernis für vorläufige Anordnungen	25
aa) Herrschende Meinung	26
bb) Kritik	26
4. Rechtliches Gehör und persönliche Anhörung der Betroffenen vor Erlaß der vorläufigen Anordnung	28
5. Sachliche Voraussetzungen	29
a) Dringendes Bedürfnis	29
b) Erfolgsaussicht	30
c) Glaubhaftmachung	31
6. Inhalt der vorläufigen Anordnung	33
a) Beschränkung durch Zweck und Charakter	34
b) Prinzip des mildesten Eingriffs/keine Vorwegnahme der Hauptsache	34
c) Maßnahmen unterhalb der für das Hauptverfahren geltenden Regelungsschwelle	35
7. Kosten	35
8. Vorläufiges Verfahren als Feriensache	36
a) Anwendung der §§ 199 - 202 GVG auf FGG-Familiensachen	36
b) Analogie zu § 200 Abs. 2 Nr. 2 GVG	37
9. Wirksamkeitsdauer	38
10. Begründung der vorläufigen Anordnung	39
II. Vorläufiger Rechtsschutz in den kindschaftsrechtlichen Regelungen der § 621 Abs. 1 Nr.1 bis 3 ZPO	41
1. Vorläufiger Rechtsschutz während des Zusammenlebens der Eltern	42
a) Möglichkeit familiengerichtlicher Maßnahmen	42

aa) Sorgerechtsregelungen	42
bb) Regelung des Umgangs	43
(1) Mindermeinung	43
(2) Herrschende Meinung	44
cc) Verfahren auf Herausgabe des Kindes	45
b) Vorläufiger Rechtsschutz	46
2. Vorläufiger Rechtsschutz bei dauerndem Getrenntleben der Eltern	46
a) Möglichkeit familiengerichtlicher Verfahren	46
aa) Sorgerechtsregelungen	46
bb) Verfahren gemäß § 1634 Abs. 2 und § 1632 Abs. 3 BGB	47
b) Möglichkeiten der vorläufigen Regelung	48
aa) Voraussetzungen für vorläufige Anord- nungen in Sorgerechtsangelegenheiten	48
bb) Voraussetzung vorläufiger Anordnungen zur Regelung des Umgangs	49
cc) Vorläufige Anordnungen auf Kindes- herausgabe	50
(1) Voraussetzungen	50
(2) Verhältnis zu einer bereits ergan- gen Sorgerechtsentscheidung	51
(3) Vorläufige Regelung der Kindes- herausgabe durch einstweilige Verfügung	53
(a) Meinungsstand	53
(b) Stellungnahme	54
c) Möglicher Inhalt der vorläufigen Anordnung	57
aa) Sorgerechtsverfahren gemäß §§ 1672, 1671 BGB	57
(1) Möglicher Regelungsinhalt der Hauptsacheentscheidung	57
(2) Inhalt der vorläufigen Anordnung	59
(a) Ansicht des OLG Hamm (6.FamS)	60
(b) Herrschende Meinung	60
(c) Einzelne mögliche Maßnahmen	61
bb) Regelung des Umgangsrechts gemäß § 1634 Abs. 2 BGB	62

	Seite
cc) Herausgabeansprüche gemäß § 1632 BGB	65
dd) Einstweilige Anordnungen gemäß § 50 d FGG	67
d) Einleitung des Verfahrens	67
aa) Verfahren gemäß § 1672 BGB	68
bb) Herausgabeverfahren	69
cc) Verfahren zur Regelung des Umgangs	69
3. Vorläufiger Rechtsschutz in isolierten Verfahren während der Anhängigkeit einer Ehesache	70
a) Zulässigkeit isolierter Verfahren	70
aa) Verfahren gemäß §§ 1672, 1671 BGB	70
(1) Mindermeinung	70
(2) Herrschende Meinung	72
(3) Stellungnahme	73
(a) Vergleich mit der Rechtslage vor Inkrafttreten des 1.EheRG	73
(b) Vergleich der Verfahren	74
(c) Vergleich der Verfahrensergebnisse	75
bb) Verfahren gemäß § 1632 und § 1634 BGB	77
b) Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen während der Anhängigkeit einer Ehesache	77
aa) Verhältnis der vorläufigen Anordnung zum Verfahren nach §§ 620 ff.	78
(1) Mindermeinung	78
(2) Stellungnahme	80
bb) Möglichkeit der vorläufigen Anordnung bei Existenz einer einstweiligen Anordnung nach § 620 ZPO	83
(1) Inhaltlich korrespondierende einstweilige Anordnung	84
(2) Abänderung der einstweiligen Anordnung durch eine vorläufige Anordnung	84
c) Zwischenergebnis	86
4. Vorläufiger Rechtsschutz in selbständigen Verfahren nach einer familiengerichtlichen Entscheidung gemäß §§ 1671, 1672 BGB	87
a) Verfahren gemäß § 1696 BGB	87
b) Verfahren gemäß § 1632 und § 1634 BGB	88
c) Möglichkeiten einer vorläufigen Anordnung	89

	Seite
5. Rechtsmittel gegen vorläufige Anordnung in kindschaftsrechtlichen Verfahren	89
a) Zulässigkeit der Beschwerde	90
aa) Rechtspraxis nach altem Recht	90
bb) Meinungsstand seit dem 1.7.1977	90
cc) Stellungnahme	94
(1) Bedeutung des § 621 e ZPO	94
(2) Vergleich mit anderen Vorschriften	96
(3) Wertung des Gesetzgebers	96
(4) Analoge Anwendung des § 620 c ZPO	97
(a) Gesetzeslücke	97
(b) Teleologische Reduktion	97
(5) Verhältnis der unbefristeten zur befristeten Beschwerde	98
dd) Zwischenergebnis	99
b) Zulässigkeit der weiteren Beschwerde	100
aa) Begrenzung des Rechtsmittelzuges durch § 133 Nr. 2 GVG	100
bb) Analoge Anwendung des § 133 Nr.2 GVG	101
c) Rechtsmittel gegen erstinstanzliche einstweilige Anordnungen des Beschwerde- gerichts	102
d) Abhilfe gemäß § 18 Abs. 1 FGG	103
aa) Anwendbarkeit auf Familiensachen	104
bb) Voraussetzungen der Abhilfe	105
III. Vorläufiger Rechtsschutz in Versorgungsaus- gleichsverfahren	106
1. Möglichkeiten eines selbständigen Verfahrens	106
2. Vorläufiger Rechtsschutz	108
IV. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren nach der HausratsVO	109
1. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren auf Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehe- wohnung	109
a) Vor Einleitung eines Scheidungsverfahrens	110
aa) Einstweilige Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr. 7 ZPO	111

	Seite
bb) Einstweilige Anordnung nach § 13 Abs.4 HausratsVO	111
(1) Unmittelbare Anwendbarkeit der HausratsVO	112
(a) Meinungsstand	112
(b) Stellungnahme	114
(2) Analoge Anwendung von §§ 1 Abs. 1, 13 Abs. 4 HausratsVO	114
(a) Herrschende Meinung	115
(b) Mindermeinung	116
(c) Stellungnahme	116
cc) Vorläufige Anordnung in einem Verfahren nach §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO	117
(1) Die eine Analogie ablehnende Meinung	117
(2) Die eine Analogie befürwortende Meinung	120
(3) Regelung de lege ferenda	123
(4) Stellungnahme	124
(a) Gesetzeslücke	128
(b) Ausnahmecharakter der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO	130
(c) Art. 6 Abs. 1 GG, §§ 614 Abs. 1, 2, 616 Abs. 2 ZPO	131
(d) § 1 FGG	135
(e) Ähnlicher Sachverhalt und Gleichheit der Interessenlage	135
(f) Zwischenergebnis	138
b) Voraussetzungen der einstweiligen Regelung	138
c) Inhalt der einstweiligen Anordnung	140
aa) Teilung oder gänzliche Zuweisung der Ehewohnung	141
bb) Zusätzliche Maßnahmen	142

	Seite
d) Vorläufiger Rechtsschutz in selbständigen Verfahren während der Anhängigkeit einer Ehesache	144
aa) Regelung während der Dauer des Ehe-rechtsstreits	144
bb) Regelung für den Fall der Scheidung und für die Zeit ab Rechtskraft der Schei-dung	145
2. Rechtsschutz in Verfahren auf Teilung des Hausrats	147
a) Vor Anhängigkeit einer Ehesache	147
b) Bei Anhängigkeit einer Ehesache	147
3. Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen in Hausratsverfahren	149
a) Unbefristete Beschwerde nach § 19 FGG	149
aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des 1.EheRG	150
bb) Rechtslage seit Inkrafttreten des 1.EheRG	151
(1) Meinungsstand	151
(2) Stellungnahme	153
(a) § 14 HausratsVO alter und neuer Fassung	153
(b) Beschleunigungsinteresse	154
(c) Zugehörigkeit der Hausratsver-fahren zu den Regelungsstreitig-keiten	155
(d) § 621 e	160
(e) Zwischenergebnis	161
b) Weitere Beschwerde	161
V. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren gemäß §§ 1382, 1383 BGB	164
1. Vorläufiger Rechtsschutz	165
a) Antragserfordernis	165
b) Inhalt	166
aa) Verfahren nach § 1382 BGB	166
bb) Verfahren nach § 1383 BGB	167
b) Rechtsmittel	168
2. Vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung/Arrest	169

	Seite
C. Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen der ZPO	169
I. Vorläufiger Rechtsschutz in Unterhaltsverfahren	170
1. Einstweilige Verfügung zur vorläufigen Regelung von Unterhaltsansprüchen	170
a) Rechtsgrundlage	171
b) Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung	174
aa) Verfügungsgrund	174
(1) Notlage des Gläubigers	175
(2) Unverschulden an der Notlage	177
bb) Glaubhaftmachung	178
c) Inhalt der einstweiligen Verfügung	179
aa) Umfang des Elementarunterhalts	179
bb) Vorsorgeunterhalt	181
cc) Zeitliche Begrenzung	184
(1) Beginn des Leistungszeitraumes	184
(2) Dauer der Anordnung	186
d) Verhältnis zur einstweiligen Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr. 4 und Nr. 6 ZPO	187
aa) Meinungsstand zum Vorrang der einstweiligen Anordnung	188
bb) Zeitliche Überschneidung	189
(1) Lösungen in Rechtsprechung und Schrifttum	189
(2) Stellungnahme	191
cc) Sachliche Überschneidung	192
(1) Ehegattenunterhalt	192
(2) Kindesunterhalt	193
(a) Regelungsgegenstand des § 620 S. 1 Nr. 4	194
(b) Konsequenz	196
e) Besonderheiten der Vollziehung	198
aa) Anwendbarkeit des § 929 Abs. 2 ZPO	199
bb) Bestimmung der Vollziehungsfrist	201
cc) Bestimmung der Vollziehungshandlung	202
(1) Vollziehung bei freiwilliger Leistung des Schuldners	204
(2) Vollziehung bei Nichtleistung des Schuldners	205

	Seite
2. Sicherung zukünftig fällig werdender Unterhaltsansprüche	208
a) Sicherheitsleistung gemäß § 1585 a BGB	208
b) Sicherung zukünftiger Unterhaltsansprüche durch Arrest	209
aa) Eigenschaft des Arrestverfahrens als Familiensache	210
bb) Zulässigkeit des Arrestes	211
cc) Voraussetzungen	212
dd) Umfang der zu sichernden Unterhaltsansprüche	213
II. Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen betreffend Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht	214
1. Sicherungsmöglichkeiten vor Beendigung des Güterstandes	216
a) Sicherheitsleistung gemäß § 1389 BGB	216
b) Sicherung des Ausgleichsanspruchs durch Arrest oder einstweilige Verfügung	218
c) Vorläufiger Rechtsschutz bezüglich des Anspruchs aus § 1389 BGB	221
aa) Meinungsstand	221
bb) Stellungnahme	222
2. Sicherungsmöglichkeiten nach Beendigung des Güterstandes	225
III. Vorläufiger Rechtsschutz zur Erlangung eines Prozeßkostenvorschusses	226
1. Grundlage des Anspruchs auf Prozeßkostenvorschuß	227
2. Gesetzliche Verfahrensregelung	228
a) § 620 S. 1 Nr. 9 ZPO	228
b) Anwendungsbereiche des § 127 a und des § 621 f ZPO	230
c) Verhältnis zu anderen Verfahren	231
3. Vorläufiger Rechtsschutz vor Anhängigkeit der Hauptsache	232
a) Meinungsstand	233
b) Stellungnahme	234

	Seite
C. Fragen des sekundären Rechtsschutzes	235
I. Abgrenzung des primären zum sekundären vorläufigen Rechtsschutzes	235
1. Sekundärer Rechtsschutz im FGG	236
2. Sekundärer Rechtsschutz in der ZPO	236
II. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Unterhaltstiteln	237
1. In Betracht kommende Verfahren	237
a) bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils	237
b) bei einstweiligen Anordnungen gemäß § 620 Satz 1 Nr. 4 und 6 ZPO	239
c) bei sonstigen Titeln gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 ZPO	242
2. Einstellung der Zwangsvollstreckung im Rahmen von Vollstreckungsgegen- und abänderungsklage	243
3. Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage	244
4. Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen	247
III. Rechtsmittel gegen Einstellungsbeschlüsse	247
1. Einstellungsbeschlüsse analog §§ 707, 719 ZPO	248
2. Einstellungsbeschlüsse analog § 769 ZPO	248
Zusammenfassung und abschließende Würdigung	251

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Achilles-Greifff Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
21. Aufl. Berlin 1958 mit Nachtrag 1963
- Alternativkommentar Reihe Alternativkommentare, Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5,
Familienrecht, Neuwied 1981, zitiert
AK-BGB/Bearbeiter
- Ambrock, Erich Ehe und Ehescheidung, Kommentar zu den
Vorschriften des materiellen Rechts und
des Verfahrensrechts, Berlin/New York
1977
- Arndt, Adolf Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6 ff
- Arens, Peter Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren,
Zwangsvollstreckung, München 1978
- Auerbach, Leonhard Freiwillige Gerichtsbarkeit, Essen 1954
- Bärmann, Johannes Freiwillige Gerichtsbarkeit u. Notar-
recht Berlin/New York 1968
- Bartholomeyczik,
Horst Anm. zu OLG Hamburg, Urteil vom
30.8.1963 - 1 U 36/63 -, JZ 1965, 500
- Bassenge, Peter/
Herbst, Gerhard Gesetz über die Angelegenheiten der
freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechts-
pfliegergesetz, 3.Aufl., Heidelberg/
Karlsruhe 1981
- Bastian, Günter/
Roth-Stielow, Klaus,
Schmeiduch, Dietmar 1.EheRG - Das neue Ehe- und Scheidungs-
recht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Albers, Jan/
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfas-
sungsgesetz und anderen Nebengesetzen,
43.Aufl., München 1985

- Baur, Fritz Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch,
Allgemeines Verfassungsrecht, Tübingen,
1955
- Arrest und einstweilige Verfügung in
ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964,
607 ff.
- Bemerkungen zur Reform des Verfahrens
der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in
Festschrift für F.W. Bosch, 1976, S.27 ff
- Studien zum einstweiligen Rechtsschutz,
Tübingen 1977
- Baur, Fritz/
Stürner, Rolf Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und
Vergleichsrecht, 11. Aufl., Heidelberg
1983
- Beitzke, Günter Familienrecht, 24. Aufl., München 1985
- Belchais, Günter Elterliches Sorgerecht, Köln 1980
- Bender, Rolf/
Belz, August/
Wax, Peter Das Verfahren nach der Vereinfachungs-
novelle und vor dem Familiengericht,
München 1977
- Berg, Anm. zu OLG Düsseldorf, JR 1970, 143,
JR 1970, 145
- Bergerfurth, Bruno Der Ehescheidungsprozeß und die anderen
Eheverfahren, 5. Aufl., Essen 1982
- Anm. zu OLG München Beschluß v. 6.2.1981
- 12 U 511/81 -, FamRZ 1981, 582
- Zweifelsfragen im neuen Eheverfahrens-
recht, FamRZ 1976, 581 f
- Zweifelsfragen im familiengerichtlichen
Verfahren, FamRZ 1982, 563 ff.
- Die einstweilige Anordnung im Eheprozeß
FamRZ 1962, 52 ff.
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
herausgegeben von Mitgliedern des Bundes-
gerichtshofes, 12. Aufl., Band IV, 1. Teil,
Berlin/New York 1984,
zitiert: BGB-RGRK/Bearbeiter

- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren,
Berlin/Göttingen/Heidelberg, 2.Aufl.1985
- Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren
Berlin/Heidelberg/New York 1975
- Blomeyer, Karl Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP
65 (1952), 52 ff.
- Borgmann, Brigitte Anm. zu BGH, Beschluß vom 25.3.1981
- IV b ZB 824/80 -, FamRZ 1981, 659
- "Haftpflichtfragen", AnwBl 1977, 243
und 1978, 95
- Neuere Rechtsprechung zum Verfahrensrecht
in Ehe- und anderen Familiensachen,
FamRZ 1985, 321
- Bötticher, Eduard Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funk-
tionsbereich der Freiwilligen Gerichts-
barkeit, JZ 1956, 582 ff.
- Bosch,
Friedrich-Wilhelm Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluß vom
21.2.1978 - FamRZ 1978, 359
- Familiengerichtsbarkeit - Bewährung
und weiterer Ausbau?, FamRZ 1980, 6
- Anm. zu OLG Hamm, Urteil v. 22.2.1978
- 5 UF 204/78 -, FamRZ 1978, 356
- Breithaupt, Walter Zwei Fragen zur Hausratsverordnung,
NJW 1949, 370
- Braeuer, Max Die einstweilige Anordnung auf Ehegatten-
unterhalt und ihre Abänderung, Hannover
1984
- Anm. zu OLG Hamm, Beschluß vom 28.11.1983
- 1 WF 640/83 - FamRZ 1984, 298
- Brudermüller, Gerd Wohnungszuweisung vor Anhängigkeit einer
Ehesache, NJW 1984, 2560

Brüggemann, Dieter	Famliengerichtsbarkeit - Verfahren in Ehesachen im allgemeinen - Verfahren in anderen Familiensachen, FamRZ 1977, 1 ff.
Brühl, Günter	Besprechung von Baumbach/Lauterbach, 36.Aufl., FamRZ 1978, 551, 552
Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht, 2.Aufl., München 1979
Bruns, Rudolf/ Peters, Egbert	Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., München 1976
Bülow, Peter/ Stössel, Tilo	Einstweiliges Verbot des Wegschaffens von Hausrat in Ehesachen, MDR 1978, 465
Bumiller, Ursula/ Winkler, Karl	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., München 1980
Bundesministerium der Justiz	Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln, 1977
Burkhardt, Herbert,	Anm. zu LG Bochum, Urteil vom 9.5.1967, - 5 S 167/67 -, NJW 1967, 1428
Cranz, Werner	Die einstweilige Anordnung in Ehesachen, JR 1949, 331
Damrau, J	Besprechung von Schilken, E, Die Befriedigungsverfügung, FamRZ 1977, 678
Deisenhofer, Ulrich	Die Zuweisung der Ehewohnung vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags, FamRZ 1979, 102 f
Deubner, Karl	Die Entscheidung über den Ehegattenunterhalt gemäß § 627 ZPO, NJW 1968, 924

- Diederichsen, Uwe Entwicklung und Funktion des Familien-, insbesondere des Eheprozeßrechts in der Bundesrepublik Deutschland, ZZP 91 (1978), 397
- Das Recht der Ehescheidung und Scheidungsfolgesagen 5. Aufl., Köln 1982
- Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1.EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, 217 ff.
- Das Verfahren vor den Familiengerichten nach dem 1.EheRG, NJW 1977, 649
- Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1 ff
- Dickert, Karl Können einstweilige Anordnungen in FGG-Familiensachen als Feriensachen behandelt werden? FamRZ 1981, 939 ff.
- Dölle, Hans Familienrecht, Band I, Karlsruhe, 1964, Band II, Karlsruhe, 1965
- Dudek, Heinrich/
Lindemann, Otto Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2.Aufl., Breslau 1908
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Erman, Walter
(Herausgeber) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7.Aufl., Münster 1981, zitiert: Erman/Bearbeiter
- Finger, Peter Familienrecht, 1979, Königstein/Ts, 1979
- Firsching, Karl Handbuch der Rechtspraxis, Band 5, Familienrecht, Verfahren des Familiengerichts, des Vormundschaftsgerichts, sowie des Amtsgerichts in anderen Rechtsgebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Entmündigungssachen, 4.Aufl., München 1979

- Flieger, Hans Die Zuweisung der Wohnung an einen Ehegatten zum Zwecke der Trennung, MDR 1981, 457
- Das Verhältnis des § 62o b ZPO zu den §§ 323, 767 ZPO, MDR 1980, 803 ff
- Furtner, Georg Sicherung des Anspruchs auf Ausgleich des Zugewinns, NJW 1965, 373 ff
- Sicherung eines künftigen Rechtseinwandes durch eine einstweilige Verfügung, NJW 1964, 747
- Gaul, H.F. Einstweilige Unterhaltsregelung zugunsten des unehelichen Kindes während der Aussetzung des Unterhaltsprozesses analog §§ 94o ZPO, 1716 BGB, FamRZ 1958, 157
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 3.Aufl., München 1980
- Gießler, Hans Anm. zu OLG Hamm, Beschluß vom 4.1.1982 - 3 WF 555/81 - FamRZ 1983, 518
- Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Unterhaltsanordnung während noch anhängiger Ehesache, FamRZ 1982, 129
- Göppinger, Horst Zur Frage der Anfechtbarkeit von Zwischenentscheidung, insbesondere von einstweiligen Anordnungen im Hausratsverfahren (§ 13 Abs. 1, 4, § 14 Abs.1 HausratsVO), zugleich ein Beitrag zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JR 1962, 47 ff.
- Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 5.Aufl., München 1985
- Die vorläufigen Anordnungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Berücksichtigung anderer Verfahrensordnungen, AcP 169 (1969), S. 513 ff.
- (Herausgeber) Unterhaltsrecht, 4.Aufl., Bielefeld 1981, zitiert: Göppinger/Bearbeiter

- Graßhof, Karin Zur Rechtsmittelzuständigkeit in Familiensachen, FamRZ 1978, 323 ff
- Griesche, Gerhard Übersicht über die Rechtsprechung zum neuen Unterhaltsrecht gemäß dem 1.EheRG, FamRZ 1981, 1025
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Aufl., Bielefeld 1974
- Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, 277
- Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, 724 ff.
- Konkurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund, NJW 1976, 553
- Habscheid, Walther Freiwillige Gerichtsbarkeit, Ein Studienbuch, 7.Aufl., München 1983
- Hagena, Walter Die Zuständigkeitskonzentration und der Entscheidungsverbund beim Familiengericht, FamRZ 1975, 379 ff.
- Hahne, Meo-Micaela Probleme der Abänderungsklage in Unterhaltssachen nach der Rechtsprechung des BGH, FamRZ 1983, 1189
- Hamelbeck Die einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers, ZP 55 (1930), 233 ff.
- Hampel, Herbert Probleme des Altersvorsorgeunterhalts, FamRZ 1979, 249 (258)
- Hanisch, Hans Ehenwohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten, NJW 1963, 1033
- Hanslik, Dick/
Heetfeld, Hans-Dieter/
Schneider, Klaus/
Zellerhoff, Franz-Josef Schnellübersicht Neues Eherecht, Köln, Bd. 1 1979, Bd. 2 1980, Bd. 3 1981

- Harms, Wolfgang Die Sicherstellung des gefährdeten
Zugewinnausgleichs, FamRZ 1966, 585
- Hassold, Gerhard Die Abänderung einstweiliger Anordnungen
in Ehesachen, FamRZ 1981, 1036 ff
- Heintzmann, Walther Das Verfahrensrecht in Familiensachen
nach dem Entwurf eines Ersten Gesetzes
zur Reform des Ehe- und Familienrechts
(1.EheRG), FamRZ 1975, 373
- Heinze, Christian Vollstreckungsgegenklage nach Erfüllung
des durch einstweilige Anordnung gemäß
§ 620 ZPO titulierten Unterhaltsanspruchs.
MDR 1980, 895 ff
- Hoffmann, Edgar/
Stephan, Walter Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen.
2.Aufl., München 1968
- Jans, Karl-Wilhelm/
Happe, Günter Gesetz zur Neuregelung des Rechts der
elterlichen Sorge, Köln 1980
- Jansen, Paul FGG, Kommentar, 2. Aufl., 1. Band,
Berlin 1969
- Jauernig, Othmar ZivilprozeßBrecht, 20. Aufl., München 1983
— Der zulässige Inhalt einstweiliger
Verfügungen, ZJP 79 (1966), 321 ff.
- John, Uwe Grundzüge des Familienrechts, München,
2. Aufl. 1984
- Kalthoener, Elmar Gerichtliche Regelung der Wohnungsbenut-
zung vor Anhängigkeit einer Ehesache?
FamRZ 1984, 436
- Keidel, Theodor
Kuntze, Joachim/
Winkler, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A,
11. Aufl., München 1978, mit Nachtrag
1979

- issel, Otto Rudolf Ehe und Ehescheidung, Band 2: Familien-
gericht, Verfahrensrecht, Internationales
Privatrecht, Kosten, Muster, Kronberg/Ts.
1977
- Gerichtsverfassungsgesetz, München 1981
- tauser, Karl-August Abänderung von Unterhaltstiteln, MDR
1981, 711
- Beweislast und Beweismaß im Unterhalts-
prozeß, MDR 1982, 656
- lein, Olav Rechtsmittel gegen einstweilige Anord-
nungen des Familienrichters in "isolier-
ten" FGG-Sachen, NJW 1977, 2345
- öhler, Wolfgang Das Verhältnis der Abänderung zur Voll-
streckungsgegenklage, FamRZ 1980, 1088
- Handbuch des Unterhaltsrechts, 6. Aufl.,
München 1983
- onzen, Horst Verfahrensgrundsätze und familiengericht-
liches Verbundprinzip, JR 1978, 362 ff.
und 403 ff.
- ropp, Rainer Herausgabe eines Kindes, DRiZ 1979,
84 ff. und 118 ff.
- rüger, Hildegard/
reetzke, Ernst/
owack, Kuno Gleichberechtigungsgesetz, München 1958
- uhnt, G. Die Regelung des Hausrats nach der
Ehescheidung, AcP 150 (1949), 130 ff.
- Anm. zu OGH Köln, Beschluß vom 6.5.1949
- II ZB 90/49 -, (MDR 1949, 741), MDR
1949, 742 f
- ang, Rolf Haftpflichtfragen, Anwbl 1981, 236
- antzke, Ursula Unterhalt und Getrenntleben - eine
Bilanz der Eherechtsreform, NJW 1979,
1483 ff.

- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
5. Aufl., Berlin/Heidelberg/Nex York
1983
- Leipold, Dieter Grundlagen des einstweiligen Rechts-
schutzes, München 1971
- Lindacher, Walter F. Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen
Gerichtsbarkeit, JuS 1978, 577
- Lüke, Gerhard Die persönlichen Ehwirkungen und die
Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe-
und Familienrecht, Festschrift Bosch,
1976, S. 627 ff.
- Lynker, Hilmar Hausrat und Wohnung in der ehelichen
Krise, JurBüro 1979, 955
- Die Rechtsmittel gegen die Entschei-
dungen des Familiengerichts in Angelegen-
heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
JurBüro 1978, 651
- Massfeller, F./
Reinicke, D. Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln/
Berlin 1958
- Meister, Hans Zum Verhältnis von Abänderungs-, Voll-
streckungsabwehr- und Zusatz- (Nachfor-
derungs)klage, FamRZ 1980, 864
- Messer, Herbert Die Anfechtung einstweiliger Anordnungen
in der Zwangsvollstreckung - OLG Köln,
NJW 1968, 2342, JuS 1969, 116
- Müller, Ernst Die einstweiligen Anordnungen in Ehe-
sachen, Freiburg 1951
- Müller, Hanswerner Vorläufige Anordnungen im Bereich der
freiwilligen Gerichtsbarkeit, JR 1954,
52 ff.

- Mümmeler, A. Die einstweilige Anordnung in Ehesachen, JurBüro 1978, 313 ff.
- Rechtsmittel, Rechtskraft- und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen in Familiensachen, JurBüro 1979, 485
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. Familienrecht, München 1978, Ergänzungsbd., Stand 1984, zitiert: Bearbeiter in MünchKomm
- Otto, Günter Besprechung von Bassenge/Herbst, FGG/RpflG 2.Aufl. und Bumiller/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2.Aufl., FamRZ 1977, 836
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 44.Aufl., München 1985, zitiert: Palandt/Bearbeiter
- Parche, Hans Aus der neueren Rechtsprechung zum Ehe- und Familienrecht, NJW 1979, 139 ff.
- Pikart, Heinz/
Henn, Karl Eugen Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln/Berlin/München, 1963
- Rahm, Walter/
Liermann, Stephan
(Herausgeber) Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, Köln, Stand 1985, zitiert: Bearbeiter in Rahm
- Reinheimer, Hans Die einstweilige Verfügung im Alimentenprozeß, FamRZ 1969, 388
- Ritter, Falko L. Grundsätzliche Betrachtungen zum Anwendungsbereich der §§ 627 ZPO, 19.HausratsVO, FamRZ 1971, S. 405 ff.
- Rolfs, Joachim Sind einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichts in FGG-Folgesachen nach § 24 III FGG zulässig?
FamRZ 1980, 870
- Rolland, Walter Das neue Ehe- und Familienrecht, 1.EheRG Kommentar, 2. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1982

- Rosenberg, Leo ZivilprozeßBrecht, 9.Aufl., München, 1961
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl Heinz ZivilprozeßBrecht, 13.Aufl., München 1981
- Roth-Stielow, Klaus Die Zulässigkeit einstweiliger Regelungen in Familiensachen 1. Instanz und deren Anfechtbarkeit (§§ 621 ff. ZPO), ZBJugR 1978, 110
- Rüffer, Wilfried Die formelle Rechtskraft des Scheidungsausspruchs bei Ehescheidung im Verbundverfahren, Bielefeld 1982
- Sedemund-Treiber, Antje Die Schaffung von Familiengerichten und das Verfahren vor dem Familiengericht nach dem Ersten Eherechtsreformgesetz, DRiZ 1976, 331 ff.
- Anm. zu OLG Hamm, Beschluß vom 29. 8. 1977 4 WF 126/77 -, FamRZ 1977, 748 f
- Simeon, P./
David, Albert Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, 16./17. Aufl., 1931
- Spangenberg, Ernst Die Verwirklichung von Unterhaltsansprüchen im Wege der einstweiligen Verfügung, DAVorm. 1982, 647
- Besteht in Familiensachen für eine Klage im ordentlichen Verfahren Rechtsschutzbedürfnis, wenn eine einstweilige Anordnung zulässig ist? DAVorm 1981, 705
- Schaette, H Die Wohnungszuweisung und Hausratsauseinsetzung nach der Scheidung, NJW 1947/1948, 335 f
- Schandau, Heinz Hausratsteilungsverfahren, einstweilige Anordnung und einstweilige Verfügung, JR 1957, 55
- Scheilhammer, Kurt Zivilprozeß, 2.Aufl., Heidelberg 1984
- Schilken, Eberhard Die Befriedigungsverfügung, Schriften zum ProzeßBrecht, Bd. 43, Berlin 1975

- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band 1, 7.Aufl., Köln/Berlin 1956
- Schleicher, Hans Eherecht - Ehescheidung Rechts- und Wirtschaftspraxis (RWP) in 2.BürgR D
- Schlosser, Peter Zivilprozeßrecht II, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1984
- Schlüter, Wilfried Das obiter dictum, München 1973
- Familienrecht, 3. Aufl. Heidelberg 1986
 - Besondere Probleme des Unterhalts minder-jähriger Kinder unter besonderer Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Änderungen in: Praxis des neuen Familienrechts, 1978, S. 59 ff.
 - Unterhaltsrecht - eine noch ungelöste Aufgabe für den Gesetzgeber, wie vor, S. 241
- Schlüter, Wilfried/
König, Bernhard Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht in Sorgerechtsangelegenheiten - ein ungelöstes Problem, FamRZ 1982, 1159 ff
- Schneider, Egon Die Rechtsmittelfähigkeit von Einstellungsbeschlüssen nach §§ 707, 719, 769 ZPO, MDR 1980, 529 ff.
- Schröder, W. Anm. zu OLG Celle - Urteil vom 30.8.1984, FamRZ 1984, 1231 in FamRZ 1985, 392
- Schüler, Joachim Die Kindesherausgabevollstreckung seit dem 1.1.1980, DGVZ 1980, 97 ff. = ZBlJugR 1981, 173 ff.
- Soergel/Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, 11.Aufl., Band 6, Familienrecht, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz 1981
- Schuler Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 1959, 1801

- Schulte Das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, MDR 1953, 582
- Schwab, Dieter Handbuch des Scheidungsrechts; München 1977
- Familienrecht, 3. Aufl., München 1984
- Besprechung des Münchener Kommentars zum BGB, Band 5: Familienrecht, FamRZ 1978, 289
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 4. Buch, Familienrecht §§ 1363 - 1563, Berlin, 1985, 11. Aufl., IV. Band, Familienrecht, §§ 1589 - 1698 b, Berlin 1966, zitiert: Staudinger/Bearbeiter
- Stein, Friedrich/
Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Tübingen, 1. Bd. 1984, 3. Bd. 1977, 6. Lieferung 1981, zitiert: Stein/Jonas/Bearbeiter
- Teplitzki, Otto Arrest und einstweilige Verfügung, JuS 1980, 882 ff. und JuS 1981, 122 ff.
- Teubner, Ernst Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen nach § 769 I ZPO, NJW 1974, 301
- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 13. Aufl., München 1985
- Ule, C.H. Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537
- Ullmann, Eike Einstweilige Verfügungsverbot zur Sicherung des Zugewinns vor rechtskräftiger Scheidung der Ehe, NJW 1971, 1294 ff.
- Unger, A. Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZJP 37, 233; 36, 1 ff.; 37, 401 ff.; 38, 501 ff.

- Vogel, Benno Die Verteilung des Hausrats durch den Richter nach der Verordnung vom 21.10.1944, JR 1949, 430 ff.
- Vogel, Harald Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen vor Anhängigkeit einer Ehesache, AnwBl 1980, 398 ff.
- Einzelprobleme zum Unterhaltsrecht, AnwBl 1979, 85 ff.
- Zuständigkeit des Familien- oder des allgemeinen Prozeßgerichts für Aufhebung eines "Hausverbots" bei getrennt lebenden Ehegatten außerhalb des Eheprozesses? FamRZ 1978, 224
- Herausgabe eigenmächtig entfernten Hausrats, FamRZ 1981, 839 ff.
- Wacke, Andreas Änderungen der allgemeinen Ehwirkungen durch das 1.EheRG, FamRZ 1977, 505 ff.
- Walter, Gerhard Das neue Verfahrensrecht in Ehe- und anderen Familiensachen, FamRZ 1979, 204 ff., 259 ff., 396 ff., 663 ff.,
- Neuer Prozeß in Familiensachen, Bielefeld 1980
- Besprechung von Zöllner, ZPO, 12.Aufl., FamRZ 1980, 296 f
- Die neue Rechtsprechung zum "Verfahren in Familiensachen", JZ 1983, 476
- Der Prozeß in Familiensachen, Bielefeld, 1985
- Wedemeyer, Ulrich Vermeidbare Klippen des Wettbewerbsrechts, NJW 1979, 293
- Weirich, Hans-Armin Freiwillige Gerichtsbarkeit, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2.Aufl., Berlin/New York, 2.Band 1976, 10. Lieferung 1977, 4.Band, 1981
- Zeiss, Walter Zivilprozeßrecht, 5.Aufl., Tübingen, 1982

Ziege, Hans-Joachim

Begrenzung der Ausgleichsforderung
des Ehegatten im Falle der Ehescheidung,
(§ 1378 Abs. 2 BGB), NJW 1964, 2394

Zöller, Richard

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassung-
gesetz und den Einführungsgesetzen,
14.Aufl., Köln 1984, zitiert: Zöller/
Bearbeiter

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

.A.	anderer Ansicht
.a.O.	am angegebenen Ort
cP	Archiv für die civilistische Praxis
nwBl	Anwaltsblatt
rt.	Artikel
ufl.	Auflage
usf.	ausführlich
ayObLGZ	Amtliche Sammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
d.	Band
egr.	Begründung
zw.	beziehungsweise
AVorm	Der Amtsvormund
GVZ	Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
J	Deutsche Justiz
RiZ	Deutsche Richterzeitung
VB1	Deutsches Verwaltungsblatt
VO	Durchführungsverordnung
inf.	Einführung
inl.	Einleitung
rg.	Ergänzung
/ff.	folgende
amG	Familiengericht
amRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
amS	Familiensenat
RES	Entscheidungssammlung zum gesamten Bereich von Ehe und Familie
S	Festschrift
Gruchot	Gruchot's Beiträge
Grundz.	Grundzüge
M.	herrschende Meinung
RG	Jahrbücher für Rechtsprechung in der frei- willigen Gerichtsbarkeit
R	Juristische Rundschau

JurA	Juristische Analysen
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (1881 - 1922)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundes- gerichtshofs
LS	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLGE	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte (von 1900 - 1928)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivil- sachen (ab 1965)
RegE	Regierungsentwurf
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rz.	Randziffer
S	Seite/Satz
SchlHA	Schleswig Holsteinische Anzeigen
VormG	Vormundschaftsgericht
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohl- fahrt
ZS	Zivilsenat
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß
Weitere Abkürzungen:	Kirchner, H., Abkürzungsverzeichnis der Rechts- sprache, 3.Aufl. Berlin/New York 1983

Einleitung:

A. Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes

Der vorläufige Rechtsschutz, dessen klassische Mittel Arrest, §§ 916 ff.^{*}, und einstweilige Verfügung, §§ 935 ff., sind, hat im Laufe der Zeit eine umfangreiche Ausdehnung erfahren, wobei auch der Anwendungsbereich ständig erweitert worden ist.¹⁾ Dabei ersetzt die Entscheidung des Gerichts in diesen Verfahren häufig schon die Entscheidung im Hauptprozeß, weil die Parteien nach Abschluß des einstweiligen Verfahrens vielfach von einem Hauptverfahren absehen.²⁾

Die Ursachen für die Ausdehnung des vorläufigen Rechtsschutzes sind verschiedener Natur. In Ehe- und Familiensachen ist an erster Stelle das soziale Schutzbedürfnis der beteiligten Personen zu nennen. Vor allem wegen der auftretenden persönlichen und sozialen Konflikte besteht hier in der Regel ein Bedürfnis nach vorläufigem Rechtsschutz.³⁾

Wegen der langen Dauer der ordentlichen Prozesse können die Parteien häufig nicht warten, bis das Gericht im ordentlichen Verfahren entschieden hat; denn im Einzelfall, z.B. in Sorgerechtsangelegenheiten und Unterhaltsverfahren, besteht

* §§ ohne Gesetzesangaben sind solche der ZPO

1) Baur, Studien, S. 1 ff.; Baur/Stürner, S. 356

2) Baur, Studien, S. 3; Braeuer, S. 20;
Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rz. 3

3) Schellhammer, Zivilprozeß, Rz. 1718 (S. 846)

die Gefahr, daß durch bloßen Zeitablauf tatsächliche Zustände geschaffen werden, die durch die Entscheidung nicht oder nicht ausreichend korrigiert werden können.¹⁾

Durch Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes können und sollen im Regelfall deshalb derartige akute Notstände einstweilen behoben werden.

B. Gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes

Angesichts dieser Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes wäre eine umfassende und einheitliche gesetzliche Regelung sinnvoll und zu erwarten. Gesetzliche Regelungen des vorläufigen Rechtsschutzes finden sich an zahlreichen Stellen und in verschiedenen Gesetzen, so z.B. außer in §§ 916, 935 ff., in §§ 127 a, 620 ff. ZPO, § 13 Abs. 4 HausratsVO, §§ 24 Abs. 3, 50 d, 53 a Abs. 3 FGG.

In Familiensachen hat sich dem Gesetzgeber mit dem 1.EheRG²⁾ die Gelegenheit geboten, den vorläufigen Rechtsschutz einheitlich zu gestalten. Durch dieses Gesetz ist in weitgehendem Maße eine durchgreifende Reform sowohl des materiellen Ehe- und Ehescheidungsrechts als auch des für Ehe- und andere Familiensachen geltenden Verfahrensrechts erfolgt.³⁾ Dabei liegt der Schwerpunkt der verfahrensrechtlichen Neuregelungen durch das 1.EheRG in der Schaffung der Familiengerichte und der

1) Baur, Studien, S. 4

2) Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976 (1. EheRG), BGBl I 1421

3) Rüffer, S. 1; Diederichsen, ZfP 91 (1978), 397; Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 331

Einführung des Verfahrensverbundes.¹⁾ Während jedoch durch die §§ 620 ff. der vorläufige Rechtsschutz für die Zeit der Anhängigkeit einer Ehesache ausführlich geregelt worden ist, hat der vorläufige Rechtsschutz im übrigen nur eine unvollkommene Neuregelung erfahren; insoweit stellen die Vorschriften der §§ 127 a und 621 f. eine Neuregelung zum Prozeßkostenvorschuß dar.²⁾

Dieses "Minimum an gesetzlicher Ausgestaltung" steht in keinem Verhältnis zur praktischen Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes in selbständigen Familienrechtsverfahren der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit.³⁾ Probleme ergeben sich daraus, daß sich zur Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes in Familiensachen gleich mehrere Verfahren anbieten. Neben dem Verfahren nach §§ 620 ff. kommen einstweilige Anordnungen nach §§ 127 a, 621 f. in Betracht, für zivilprozessuale Familiensachen einstweilige Verfügungen nach §§ 935 ff. sowie Arrest nach §§ 916 ff., für Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit sogenannte vorläufige oder einstweilige Anordnungen.⁴⁾ Die Lösung der schon vor Inkrafttreten des 1.EheRG vorhandenen sowie der durch dieses Reformgesetz erst neu geschaffenen Probleme hat ein "eiliger Gesetzgeber" der gerichtlichen Praxis aufgebürdet.⁵⁾

1) Begr.RegE, BT-Drucks. 7/650 S. 78;
Diederichsen, ZZP 91, 399;
Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 331;
Konzen, JR 1978, 362 f.; Rüffer, S. 2

2) Vogel, AnwBl 1980, 398

3) Vogel, AnwBl 1980, 398

4) Bölling, S. 2

5) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159

C. Terminologie

Bezüglich der einzelnen Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes wird keine einheitliche Terminologie verwandt. In gesetzlichen Regelungen wird durchweg, mit Ausnahme von § 18 LwVG, der Begriff "einstweilige Anordnung" verwandt, z.B. in §§ 620, 127 a, 621 f ZPO, 13 Abs. 4 HausratsVO, 24 Abs.3, 53 a Abs. 3 FGG.

In Rechtsprechung und Literatur werden Eilmaßnahmen häufig als "vorläufige Anordnung" oder als "einstweilige Maßregel" bezeichnet, ohne daß zwischen diesen beiden Bezeichnungen weiter differenziert wird.¹⁾

Zur Unterscheidung und Abgrenzung von den gesetzlich geregelten einstweiligen Anordnungen wird entsprechend einem Vorschlag von Jansen²⁾ im folgenden für gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte

1) BayObLGZ 1980, 215 = FamRZ 1980, 1150; BayObLGZ 1961, 262; BayObLG FamRZ 1982, 1118; 1977, 473; OLG Bremen, NJW 1953, 306; OLG Stuttgart, FamRZ 1975, 593 und 1982, 1235; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1155; nicht amtliche Gesetzesüberschrift zu § 769 bei Baumbach/Lauterbach/Hartmann einerseits und bei Thomas/Putzo andererseits Bärmann, FG, S.182; Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 9; Simeon/David, S. 102; Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 4; Pikart/Henn, S. 109; Baur, FG, S. 225; Habscheid, S. 119, 137; Erman/Ronke, § 1671 Rz.75 einerseits und Rz. 77 andererseits; Hinz, in MünchKomm, § 1672 Rz. 10; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 12; Gernhuber, § 56 I; Firsching, S. 240, 243, 262; Dölle, Bd. 2, § 97 IX 7 b; Göppinger, AcP 169, 519 schlägt vor, allgemein den Begriff "vorläufige Anordnung" einzuführen und den Begriff "einstweilige Anordnung" nur für die Fälle des § 24 Abs. 3 FGG und entsprechende Anordnungen zu gebrauchen; Hw. Müller, JR 1954, 52 f

2) § 19 FGG Fn. 74

Eilmaßnahmen die Bezeichnung "vorläufige Anordnung" verwandt.¹⁾

Hauptteil:

A. Verfahrensrecht der "isolierten Familienrechtsverfahren" des § 621 Abs. 1 ZPO

I. "Andere Familiensachen" gemäß § 621 Abs. 1 ZPO

Familiensachen werden unterteilt in Ehesachen und andere Familiensachen. Unter den Voraussetzungen des § 623 Abs. 1 werden diese als Folgesachen mit der Scheidung zusammen betrieben und gehen mit dem Scheidungsverfahren einen Verbund ein.²⁾

Bei den "anderen Familiensachen" gemäß § 621 Abs.1 handelt es sich um die in § 23 b Abs. 1 Nr. 2 - 1o GVG enumerativ aufgeführten Verfahren, für die das Familiengericht sachlich zuständig ist, also alle Familiensachen mit Ausnahme der Ehesachen.³⁾

1) Differenzierung wie hier u.a. von: KG, FamRZ 1979, 859, 860; 1978, 69; 1977, 475; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 91; OLG Hamm, FamRZ 1956, 86; Zöllner, § 620 Rz. 24; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG, Rz. 25 (Fn 7); Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 25 ff.; Palandt/Diederichsen, § 1672 Anm.1 und Einf. v. § 1564 Anm. 4 c, anders jedoch Einf. v. § 1626 BGB Anm. 4 a ("vorläufige Anordnung im Rahmen einer Ehesache, aber auch im Rahmen einer isolierten FGG-Sache"); Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159, 1163; Rolland, § 620 Rz. 20 und § 1672 BGB Rz. 9, 15

2) Schellhammer, Rz. 1698

3) Firsching, S. 259
Bender/Wax/Belz, Rz. 305

Nach § 623 Abs. 1 werden die anderen Familiensachen mit einem Scheidungsverfahren zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden, soweit eine Entscheidung für den Fall der Scheidung begehrt und rechtzeitig, d.h. bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz in der Scheidungssache, beantragt wird. Werden diese Verfahren nicht im Verbund betrieben, werden sie als isolierte oder selbständige andere Familiensachen bezeichnet.¹⁾

Verfahren, bei denen eine Entscheidung nicht für den Fall der Scheidung zu treffen ist, z.B. Verfahren gemäß § 1361 BGB (Unterhalt bei Getrenntleben) und gemäß § 1672 BGB (Elterliche Sorge bei Getrenntleben der Eltern), können nach § 610 Abs. 2, S. 1 nicht in den Verbund einbezogen werden²⁾ und sind daher zwangsläufig selbständig zu betreiben.

Der Grundsatz der Entscheidungskonzentration, also der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung mit rechtzeitig geltend gemachten Folgesachen, gilt im übrigen nur im Scheidungsprozeß, nicht jedoch in sonstigen Eheverfahren, § 623 Abs. 1.³⁾

Das Verfahren in anderen Ehesachen als Scheidungsverfahren - insbesondere in Aufhebungs- und Nichtigkeitklagen - wird stets isoliert durchgeführt.⁴⁾ Weitere Ehesachen sind vor allem die Herstellungsklage und dessen Gegenstück, die negative Herstellungsklage (Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben).⁵⁾

1) Klein, NJW 1977, 2345; Bender/Belz/Wax, S.154; Diederichsen, ZZP 91, 417

2) Diederichsen, ZZP 91, 417

3) Bergerfurth, FamRZ 1976, 581 f;
Thomas/Putzo, § 623 Anm. 1 c

4) Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 332

5) Diederichsen, ZZP 91, 419

Derartige isolierte Ehesachen sind nicht gemeint, wenn im folgenden von isolierten oder selbständigen Familiensachen die Rede ist.¹⁾

II. Maßgebliches Verfahrensrecht

Bei den Familiensachen des § 621 Abs. 1 handelt es sich teils um zivilprozessuale Verfahren, im folgenden ZPO-Familiensachen genannt, teils um Verfahren aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im folgenden FGG-Verfahren genannt.

Hieraus resultieren verfahrensrechtliche Besonderheiten, die eine unterschiedliche Behandlung erfordern.

Anders als die Überschrift "Verfahren in anderen Familiensachen" vor §§ 621 ff. (zweiter Titel des ersten Abschnitts des 6. Buches der ZPO) vermuten lassen könnte,²⁾ gibt es ein einheitliches Verfahrensrecht für die anderen Familiensachen des § 621 Abs. 1 nicht.³⁾

1) OLG München, FamRZ 1981, S. 382; unter einer "isolierten Familiensachen" wird in Rechtsprechung (BGH FamRZ 1981, 24) und Literatur (Flieger, MDR 1978, 883 f.; Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 334; Bergerfurth, FamRZ 1976, 583 f.; Stein/Jonas/Schlösser, § 621 Rz. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 e Anm.1 A; von Hornhardt, FamRZ 1978, 170) einhellig keine (isolierte) Ehesache, sondern eine andere Familiensache verstanden, die isoliert geltend gemacht wird, also mit einer Scheidungssache nicht im Verbund steht.

2) Brüggemann, FamRZ 1977, 13

3) Rolland, § 621 a Rz. 1;
Baumbach/Lauterbach/Albers, vor § 621 Anm.2

Ein eigenständiges Verfahrensrecht für Familiensachen ist durch das 1.EheRG ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs auch nicht beabsichtigt gewesen, weil ein besonderes Familienverfahrensrecht mit den Bestrebungen zu einer Vereinheitlichung aller Verfahrensordnungen nicht zu vereinbaren wäre.¹⁾

Ein für sämtliche Familiensachen einheitliches Verfahrensrecht erscheint auch ausgeschlossen, weil die Familiensachen hierfür zu verschiedenartig sind; denn unter Familiensachen des § 621 Abs. 1 fallen - wie bereits erwähnt - sowohl Materien der streitigen Gerichtsbarkeit, z.B. Unterhaltsverfahren, als auch Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z.B. Sorgerechtsregelungen.²⁾

1. Verfahrensrecht der FGG-Familiensachen

§ 621 Abs. 1 bestimmt, daß für solche Verfahren, die vor der Reform des Eherechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugerechnet wurden, grundsätzlich weiterhin das FGG³⁾ und für das Hausratsverfahren weiterhin die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der HausratsVO⁴⁾ anwendbar bleiben sollen. Das Verfahren um den Versorgungsausgleich ist durch

1) Begr. RegE, BT-Drucks. 7/650 S. 2 und S. 83; Konzen, JR 1978, 362 f.

2) Brüggemann, FamRZ 1977, 13;
Stein/Jonas/Schlosser, § 621 a Rz. 1

3) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898 - FGG - (RGBl. S. 189) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl. S. 771)

4) 6.DVO zum Ehegesetz vom 21.10.1944 (RGBl. I S. 256)

die Reform zu einem neuen FGG-Verfahren gemacht worden, § 621 a Abs. 1.¹⁾

Für Familiensachen der § 621 Abs. 1 Nr. 1-3, 6, 7 und 9 findet somit ein Verfahren nach den Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit statt, soweit sich nicht aus Sondervorschriften etwas Besonderes ergibt.²⁾

Nun verweist § 64 k Abs. 3 FGG für die Angelegenheiten, die vor das FamG gehören, auf die Verfahrensvorschriften der ZPO (§§ 621 - 630), so daß danach die FGG-Familiensachen dem ZPO-Verfahrensrecht unterliegen könnten, doch enthält § 621 a Abs. 1 wiederum eine Rückverweisung auf die Vorschriften des FGG, das daher anwendbar ist.³⁾

2. Verfahrensrecht der ZPO-Familiensachen

Neben den Ehesachen sind die Verfahren des § 621 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 (Klagen bezüglich des Unterhalts eines ehelichen Kindes oder eines - auch eines geschiedenen - Ehegatten) sowie Verfahren nach § 621 Abs. 1 Nr. 8 (Ansprüche aus dem eheli-

1) Stein/Jonas/Schlosser, § 621 a Rz. 1

2) Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 a Anm. 1; Konzen, JR 1978, 362, 363

3) Baumbach/Albers, § 621 a Anm. 1; Brüggemann, FamRZ 1977, 19; allgemein gilt die gesetzliche Regelung von Verweisung (§ 64 k Abs. 3 S. 1 FGG) und Rückverweisung (§ 621 a Abs. 1) als mißlungen.
Brüggemann aaO: "Juristengesetz makabren Grades" und "Nahezu groteske Konstruktion"; Erman/Ronke, § 13 HVO Rz. 4: "Tiefstand der Gesetzgebungskunst" Bender/Wax/Belz, Rz. 357: "§ 621 a wird als abschreckendes Paradebeispiel mißglückter Verweisungstechnik in Lehrbücher und Rechtsgeschichte eingehen"; BGH, NJW 1979, 39, 40: "Mag auch die gesetzliche Verweisungstechnik der §§ 64 a Abs. 3 S. 1 (a.F.) FGG, 621 a Abs. 1 S. 1 kompliziert sein, ..."

chen Güterrecht) reine zivilprozessuale Verfahren.¹⁾
Für diese gilt die ZPO mit den sich aus §§ 621 a
Abs. 2, 621 b und 621 c ergebenden Besonderheiten.

3. Verfahrensrecht des vorläufigen Rechtsschutzes
- analoge Anwendung der §§ 620 ff.

Für die Zeit nach Anhängigkeit einer Ehesache bzw
ab Stellung eines Prozeßkostenhilfegesuchs für
ein derartiges Verfahren (§ 620 a Abs. 1) findet
sich eine umfassende Regelung des vorläufigen
Rechtsschutzes in den §§ 620 ff.²⁾ Diese Vorschrif-
ten enthalten eine eigene in sich geschlossene
Verfahrensordnung für einstweilige Anordnungen,
und zwar einheitlich für Materien der freiwilli-
gen Gerichtsbarkeit als auch für ZPO-Familiensach-
en.³⁾ Bereits oben ist dargelegt worden, daß
eine ausdrückliche einheitliche gesetzliche Rege-
lung des vorläufigen Rechtsschutzes außerhalb
von Ehesachen fehlt und auch durch das 1.EheRG
nicht geschaffen worden ist. Vorläufige Regelun-
gen erweisen sich jedoch häufig nicht erst dann
als erforderlich, wenn sich die Parteien zur Durch-
führung eines Eheverfahrens, insbesondere eines
Scheidungsverfahrens, entschlossen und die dazu
erforderlichen verfahrensrechtlichen Schritte
eingeleitet haben.⁴⁾

Daher stellt sich die Frage einer analogen Anwendung
der §§ 620 ff. außerhalb eines Eheverfahrens.

1) Zöllner/Philippi, § 621 a Rz. 1

2) Ob sie den vorläufigen Rechtsschutz abschlies-
send regeln, wird noch weiter unten zu erörtern
sein.

3) Zöllner/Philippi, vor § 620 Rz. 1

4) Bölling, S. 20

a) Generelle Analogie in Rechtsprechung und Literatur

Die generelle Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 620 ff. im Wege der Analogie auf Verfahren außerhalb einer Ehesache wird in Rechtsprechung und Literatur nur vereinzelt erörtert.¹⁾

aa) Schrifttum

(1) Herrschende Meinung

Angesichts des Wortlauts von § 620 a Abs. 2 S.1 geht die h.M. in der Literatur ohne Prüfung oder Erörterung einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs durch Analogie davon aus, daß die §§ 620 ff. außerhalb der Anhängigkeit einer Ehesache nicht anwendbar sind.²⁾

(2) Mindermeinung

Soweit ersichtlich, wird eine generelle analoge Anwendung nur von Roth-Stielow³⁾ und von Schlosser⁴⁾ befürwortet. Roth-Stielow nimmt an, daß der Gesetzgeber das Recht des vorläufigen Rechtsschutzes

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825 f.; OLG Köln, FamRZ 1978, 530, 532; Roth-Stielow, ZblJugR 1978, 110, 112 f.; Vogel, AnwBl 1979, 85, 90; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 2 (zur analogen Anwendung auf andere Regelungsgegenstände) und § 620 a Rz. 13; Stollenwerk in Rahm VI Rz. 65 zu den kindschaftsrechtlichen Angelegenheiten; Bölling S. 22 ff.; D.Schwab, FamRZ 1978, 289, 290 ("Es fragt sich allenfalls, ob irgendein Eheverfahren anhängig sein muß, damit einstweilige Anordnungen gemäß § 620 ergehen können.")

2) Stollenwerk in Rahm, VI. Rz.11, 69; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 20, 24 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 1 B; Kissel, Bd 2 S. 120; Hagena, FamRZ 1975, 379, 395; Klein, NJW 1977, 2345, 2346; Deisenhofer, FamRZ 1979, 102; Braeuer, S. 29 ff.

3) ZblJugR 1978, 110, 112

4) in Stein/Jonas/Schlosser, § 620 a Rz. 13

außerhalb einer Ehesache "schlicht übersehen" habe; die daher vorhandene Lücke müsse durch analoge Anwendung der §§ 620 ff. geschlossen werden, die immer dann eingreifen sollen, wenn ein entsprechendes Hauptverfahren gemäß § 621 Abs. 1, d.h. eine andere Familien- und nicht eine Ehesache, anhängig ist. Die analoge Anwendung der §§ 620 ff. außerhalb von Eheverfahren führt nach Roth-Stielow dazu, daß sich der Erlaß von vorläufigen Regelungen nach den §§ 620 ff. richtet, sobald ein Hauptsacheverfahren anhängig ist. Vor Anhängigkeit eines Hauptverfahrens soll dagegen nach Roth-Stielow¹⁾ das Verfahren der §§ 940 ff. seine Bedeutung behalten. Roth-Stielow geht also nicht soweit, die von ihm angenommene Lücke durch analoge Anwendung der §§ 620 ff. in der Weise zu schließen, daß andere Verfahren der vorläufigen Regelung schlechthin ausgeschlossen sind.

Lange²⁾ will die §§ 620 ff. auf einstweilige Anordnungen gemäß § 1672 BGB zumindest entsprechend anwenden.³⁾

Für die kindschaftsrechtlichen Entscheidungen will Stollenwerk⁴⁾, ohne dies näher zu begründen, die Grundsätze des Verfahrens nach § 620, soweit sie die Erstentscheidung betreffen, entsprechend anwenden; ebenfalls ohne weitere Begründung vertritt er im Kapitel über die ZPO-Familiensachen die Auffassung, daß eine Anwendung der §§ 620 ff. außerhalb von Ehesachen ausgeschlossen sei.⁵⁾

1) a.a.O. S. 113

2) in Soergel/Lange, § 1672 Rz. 35

3) in Soergel/Lange, § 1634 Rz. 35 lehnt er eine analoge Anwendung des § 620 c S. 2 allerdings ausdrücklich ab; ebenso in § 1632 Rz. 20

4) in Rahm VI. Rz. 64

5) a.a.O. Rz. 69

bb) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird die Frage der generellen Analogie nicht erörtert; bei Prüfung der Zulässigkeit gemäß § 620 a Abs.2 wird eine Analogie für die selbständigen Familiensachen - soweit ersichtlich - nicht einmal in Erwägung gezogen.¹⁾ Eine analoge Anwendung der §§ 620 ff. bezüglich einzelner Vorschriften (§§ 620 b, 620 c) wurde in der Vergangenheit nur im Zusammenhang mit dem Problem der Zulässigkeit von Rechtsmittel gegen vorläufige Anordnungen in isolierten Familiensachen geprüft. Zum Teil wurde eine analoge Anwendung bejaht²⁾; zum Teil wurde sie verneint.³⁾ Seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1978⁴⁾, in der der BGH eine Analogie ablehnt, wird dieses Problem in der Rechtsprechung - soweit ersichtlich - nicht mehr erörtert.

b) Gesetzeslücke als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Analogie

Analogie ist die Ausdehnung der aus dem Gesetz zu entnehmenden Rechtsfolge auf Tatbestände, die gesetzlich nicht geregelt, aber den im Gesetz entschiedenen rechtsähnlich sind.⁵⁾ Eine analoge Anwendung der §§ 620 ff. außerhalb eines Eheverfahrens setzt daher zunächst eine durch Analogie zu schließende Regelungslücke voraus. Von einer Lücke im Gesetz kann nur gesprochen werden, wenn das Gesetz für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung anstrebt, tatsächlich aber nicht

1) s. z.B. OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 156; 1979, 1040

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 57; 1978, 141; OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825, 826; OLG Köln, FamRZ 1978, 530, 532;

3) OLG Hamm, FamRZ 1978, 441

4) vom 27.9.1978, BGHZ 72, 169 = LM Nr. 2 zu § 621 c ZPO = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

5) Enneccerus/Nipperdey, § 58 I 2

enthält.¹⁾ Ob eine solche "planwidrige" Unvollständigkeit vorliegt, ist vom Standpunkt des Gesetzes selbst, der ihm zugrunde liegenden Regulationsabsicht, der mit ihr verfolgten Zwecke und des gesetzgeberischen Plans zu beurteilen.²⁾

Eine Lücke, die durch Analogie geschlossen werden könnte, läge demnach vor, wenn der Gesetzgeber mit den §§ 620 ff. eine umfassende, abschließende Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes bezweckt hätte. Dies ist im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu untersuchen.³⁾

aa) Geschichtliche Entwicklung

Ausweislich der amtlichen Begründung⁴⁾ sollten die §§ 620 ff. "eine Neuordnung der Vorschriften über einstw. Anordnungen in Ehesachen bringen." Die §§ 627 ff. a.F. sollten übersichtlicher gestaltet werden. Dies deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber eine umfassende Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes auch außerhalb eines Eheverfahrens nicht bezweckte, so daß danach eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes nicht angenommen werden könnte.⁵⁾

Aus den Regelungen in § 621 f und in § 127 a ist ferner zu ersehen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Anordnungen außerhalb von Eheverfahren offensichtlich gesehen, eine ausdrückliche Regelung jedoch lediglich für die Verpflichtung zur Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses getroffen hat.⁶⁾

1) Larenz, ML, S. 355

2) Larenz, ML, S. 358

3) Larenz, a.a.O.

4) BT-Drucks. 7/650, S. 199

5) Larenz, ML, S. 358

6) OLG Hamm, FamRZ 1978, 442

Das Fehlen einer derartigen Regelung für die übrigen vorläufigen Anordnungen kann nur bedeuten, daß es bei der früheren Rechtslage bleiben sollte. Der Gesetzgeber wollte insoweit also ersichtlich keine Regelung treffen. Angesichts der praktischen Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes beispielsweise gemäß § 94o und der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur zu diesem Gebiet ist auch schwer vorstellbar, daß der Gesetzgeber dieses Problem "schlicht übersehen" haben sollte.

bb) Sinn und Zweck der §§ 62o ff. ZPO

Daß der Gesetzgeber eine Regelung nur für das Eheverfahren bezweckte, wird durch die teleologische Betrachtung bestätigt.

Das Verfahren nach § 62o hat den Zweck, bei einem anhängigen Eheverfahren für dessen Dauer im Wege einer einstweiligen Anordnung eine beide Seiten befriedigende, jederzeit abänderbare Regelung zu treffen, um zusätzliche gerichtliche Auseinandersetzungen und damit verbundene weitere Belastungen der Verfahrensbeteiligten nach Möglichkeit zu vermeiden.¹⁾

Nach dem Verbundprinzip können mit einer Scheidungssache nur solche Streitigkeiten des § 621 Abs. 1 verbunden werden, mit denen eine Regelung für den Fall der Scheidung begehrt wird; im übrigen ist eine Verbindung unzulässig, §§ 61o, 633.

Häufig bringen aber Ehestreitigkeiten weitere Streitigkeiten (z.B. über die Ausübung des Sorgerechts und wegen der Zahlung von Unterhalt) mit sich; hierfür ist eine Regelung nicht erst für die Zeit nach der Scheidung, sondern in der Regel

1) BVerfG, FamRZ 198o, 872

sofort erforderlich. Das Gesetz stellt dem Familiengericht der Ehesache insoweit zum Zwecke der "vorläufigen Friedensregelung für den Prozeßverlauf"¹⁾ ein summarisches Verfahren zur Verfügung; dieses ist dem Gericht der Ehesache zugewiesen, da dieses bereits mit den persönlichen Verhältnissen der Parteien vertraut und daher am ehesten zu einer vorläufigen Regelung ohne unnötige Verzögerungen in der Lage ist.²⁾

Auch die durch die Neuregelung in den §§ 620 ff. ersetzten Vorschriften der §§ 627 ff. a.F. ermöglichen nur einstweilige Regelungen innerhalb eines Eheverfahrens. Obwohl bekannt war, daß eine gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes außerhalb von Ehesachen fehlte, hat der Gesetzgeber davon abgesehen, diese Lücke durch eine gesetzliche Regelung zu schließen. § 620 a Abs.2 S.1, der dem § 627 Abs.2 a.F. entspricht,³⁾ bestimmt ausdrücklich, daß ein Antrag nach § 620 erst zulässig ist, sobald die Ehesache anhängig oder ein Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe eingereicht ist.

Der Zweck der §§ 620 ff. beschränkt sich somit nach dem Willen des Gesetzgebers (mit Ausnahme von § 620 f) auf eine Regelung für das Eheverfahren.

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, daß es keine einheitliche gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes in Familiensachen gibt. Eine solche Regelung läßt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung der für Ehesachen geltenden Vorschriften der §§ 620 ff. auf Verfahren außerhalb von Ehesachen

1) E.Müller, S. 1; Bölling, S. 27

2) E.Müller, S. 1; Bölling, S. 27

3) BT-Drucks. 7/650 S. 200

herleiten. Diese Analogie scheitert daran, daß keine durch Analogie zu schließende Gesetzeslücke vorliegt. Der vorläufige Rechtsschutz in selbständigen Familiensachen bestimmt sich daher nach dem für das jeweilige Verfahren maßgeblichen Verfahrensrecht.

B. Vorläufiger Rechtsschutz in selbständigen Familienverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

I. Allgemeine Grundsätze des vorläufigen Rechtsschutzes in FGG-Familiensachen

1. Gesetzliche Regelung

Das FGG, welches gemäß § 185 Abs. 1 FGG zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch am 1.1.1900 in Kraft getreten ist, Art. 1 EGBGB, kennt kein allgemeines Institut des vorläufigen Rechtsschutzes, vergleichbar dem Arrest und der einstweiligen Verfügung in der ZPO.¹⁾

Lediglich in Einzelfällen findet sich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes, so in §§ 24 Abs. 3; 50 d (Herausgabe eines Kindes), 53 a Abs. 3 S. 1 (Zugewinnausgleich), 64 f FGG (vorläufige Unterbringung), § 12 VHG, § 13 Abs. 4 HausratsVO, § 44 Abs. 3 WEG, §§ 48 a Abs. 3, 67 JWG (Fürsorgeerziehung), § 18 LwVG.²⁾

Der "Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit" empfiehlt eine allgemeine

1) OLG Stuttgart, OLGZ 1975, 391, 392; Göppinger, AcP 169, 514

2) Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 4; Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 9; Habscheid, § 20 II 4 b (S. 119); Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 28

Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes de lege ferenda.

In den von der Kommission vorgeschlagenen Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit, FrGO, soll in § 49 FrGO folgende Regelung aufgenommen werden:

- "(1) Das Gericht kann durch eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Verfahrensgegenstand eine vorläufige Regelung treffen, soweit diese zur Abwendung wesentlicher Nachteile, Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen dringenden Gründen notwendig erscheint. Die Voraussetzungen für den Erlaß der einstweiligen Anordnung müssen glaubhaft sein.
- (2) Das Gericht kann seine Anordnung jederzeit aufheben oder ändern.
- (3) In Verfahren, die nur durch Antrag eingeleitet werden, kann auch eine einstweilige Anordnung nur auf Antrag erlassen, aufgehoben oder geändert werden."

2. Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen außerhalb gesetzlicher Regelungen

Fälle, in denen ein sofortiges Eingreifen des Richters vor vollständigem Abschluß der Ermittlungen zum Erlaß der Endentscheidung erforderlich ist, treten jedoch nicht nur in den gesetzlich geregelten Fällen auf. Gerade in Verfahren der elterlichen Sorge (früher: elterliche Gewalt) und in Vormundschaftsangelegenheiten ergibt sich häufig die Notwendigkeit umgehenden Einschreitens, wenn die nach Abschluß der Ermittlungen ergehende Entscheidung zu spät kommen würde, um die Interessen des Kindes bzw. der Beteiligten zu wahren.¹⁾

1) Habscheid, § 20 4 b (S. 119); Müller, JR 1954, 52; Göppinger, AcP 169, 513, 514; Treitz, S. 133; Schneider, in Schnellübersicht Neues Eherecht, Bd. 2, S. 186; OLG Hamm, OLGZ 72, 382

a) Rechtspraxis bis zum Inkrafttreten des 1.EheRG

Die Rechtsprechung hat daher schon bald nach dem Inkrafttreten des FGG auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in derartigen Fällen vorläufige Anordnungen erlassen, deren grundsätzliche Zulässigkeit anerkannt und somit das Verfahren der vorläufigen Anordnung in FGG-Verfahren aufgrund unabweisbaren Bedürfnisses durch Richterrecht in Anlehnung an ähnliche Regelungen in gesetzlichen Vorschriften, z.B. §§ 935 ff. ZPO, geschaffen.¹⁾

Diese Rechtsprechung ist allgemein auf Zustimmung gestoßen.²⁾

So führte denn auch bereits 1913 das Kammergericht aus, daß in den Verfahren nach §§ 1635, 1666 BGB die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen allgemein anerkannt sei.³⁾

Soweit ersichtlich, war nur Lent⁴⁾ anderer Ansicht.

Der h.M. ist jedoch darin zu folgen, daß aus dem Schweigen des Gesetzes nicht geschlossen werden

1) KG RJA 1, 92 (1900); KGJ 20 A, 251; KGJ 21 A, 192 (1901); RJA 2, 3 (1902); KGJ 46 A, 45 = RJA 14, 91 (1914); KG FamRZ 1971, 267; 1965, 571 f.; 1977, 475; BayObLGZ 11, 315 zu § 1666 BGB; BayObLGZ 1961, 262 = FamRZ 1962, 34; FamRZ 1976, 172; 1977, 473; RG JW 1910, 113 zu § 1635 a.F. BGB (jetzt § 1671 BGB); OLG Bremen, NJW 1953, 306; OLG Stuttgart, OLGZ 1975, 391; FamRZ 1969, 159; OLG Hamm, OLGZ 72, 382 = FamRZ 1972, 520 f.; OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315 f.;

2) Bärmann, § 19 FGG Anm. II 1 b; Baur, FG, § 22 B I 2 c; Habscheid, § 20 II 4 b; § 23 I 1 e; Jansen, § 19 Rz. 28; Pikart/Henn, S. 185; Simeon/David, § 29, 1 (S. 101); Schlegelberger, § 16 FGG Rz. 10
a.A., jedoch ohne Begründung, Auerbach, S.43

3) KGJ 45 A 29, 30

4) Freiwillige Gerichtsbarkeit, Erstaufll. und 2. Aufl., jeweils § 13 IV (S. 42)

kann, daß das Gesetz einstweilige Regelungen nur in den ausdrücklich erwähnten Fällen zulassen wollte. Angesichts der weitgehenden Freiheit, die das FGG dem Richter bei der Ausgestaltung des Verfahrens einräumt,¹⁾ ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch berechtigt, vor Erlaß einer das Verfahren bzw. die Instanz abschließenden Endentscheidung eine vorläufige Regelung zu treffen.²⁾

Soweit in einzelnen Gesetzen der vorläufige Rechtsschutz geregelt war, handelte es sich dabei nicht um Ausnahmen von einem an sich nicht möglichen vorläufigen Rechtsschutz, sondern um Einzelfallregelungen, die Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes waren und somit die grundsätzliche Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen zum Ausdruck brachten.³⁾

b) Rechtslage seit Inkrafttreten des 1.EheRG

Angesichts des 1.EheRG stellt sich heute die Frage, ob durch das 1.EheRG eine andere Entscheidung des Gesetzgebers erkennbar geworden ist, nach der die Regelung in § 127 a und in den Titeln 1 und 2 des sechsten Buches der ZPO (§§ 606 - 621 f.) als abschließende Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes in Familiensachen aufzufassen wäre.

Falls die gesetzliche Regelung der einstweiligen Anordnung in §§ 127 a, 621 f und § 620 eine enumerative Lösung des Komplexes "vorläufiger Rechtsschutz" enthielte, wäre im Umkehrschluß festzuhalten,

1) Hw. Müller, JR 1954, 52; Schlegelberger, § 12 FGG Anm. 34; Bumiller/Winkler, § 12 FGG Anm. 4

2) Bärmann, § 19 II

3) BayObLGZ 1961, 262, 264 = FamRZ 1962, 34 f.; Hw. Müller, JR 1954, 52; Habscheid, § 20 4 b (S. 119); Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 63

daß der Erlaß von einstweiligen Anordnungen in Verfahren der Materien des § 621 Abs. 1 nicht zulässig ist, wenn hierfür nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht. Eine derartige abschließende Regelung in der ZPO würde dann über § 621 a Abs. 1 auch für Familiensachen aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten.¹⁾

Weder Wortlaut noch Begründung des 1.EheRG ergeben jedoch einen derartigen Ausschlußcharakter im Verhältnis zu anderen, früher entwickelten Lösungen. In der Begründung des Regierungsentwurfs²⁾ heißt es zu § 621 a Abs. 1 S. 1:

Sondervorschriften der ZPO, die für alle Familiensachen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten, ergeben sich aus den Vorschriften des zweiten Titels über das Verfahren in anderen Familiensachen ... Unberührt bleiben danach für alle Familiensachen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit insbesondere die §§ 12, 15, 33 FGG sowie für Verfahren, die nicht Folgesachen einer Scheidungssache sind, die nur durch Sonderregelungen für die Folgesachen verdrängten Vorschriften wie die §§ 13 a, 16 Abs. 1 FGG und § 20 HausratsVO."

Ausweislich der amtlichen Begründung sind in § 621 a Abs. 1 S. 1 die Vorschriften des FGG zusammengefaßt, die auch ohne ausdrückliche Sonderregelung durch die für das zivilprozessuale Verfahren maßgeblichen Vorschriften ersetzt werden.³⁾

Diese Begründungen und Regelungen beziehen sich ersichtlich ausschließlich auf geschriebenes Recht,

1) Roth-Stielow, ZblJugR 1978, 110

2) BT-Drucks. 7/650 S. 204 f

3) BT-Drucks. 7/650 S. 205:

"Abgesehen von den allgemeinen Verfahrensregelungen der §§ 2-6, 8-10, 14, 16 Abs.2, 3 und 17 FGG werden damit vor allem die Vorschriften der §§ 11 und 13 FGG verdrängt..."

erfassen jedoch nicht ungeschriebenes Richterrecht.¹⁾

An dem bisherigen Rechtszustand der Zulässigkeit von durch Richterrecht geschaffenen vorläufigen Anordnungen hat der Gesetzgeber des 1.EheRG also nichts ändern wollen und nach dem Wortlaut des Gesetzes auch nichts geändert.

Wie schon oben dargelegt worden ist (II. 1.), hat der Gesetzgeber mit den §§ 62o ff. eine Regelung nur für die Zeit nach Anhängigkeit einer Ehesache getroffen und auch nur treffen wollen. Die §§ 62o ff. enthalten daher für vorläufige Anordnungen außerhalb von Eheverfahren weder positiv noch negativ eine Regelung. Die Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen war und ist daher auch in solchen Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein anerkannt, für die eine gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes fehlt.²⁾

1) Roth-Stielow, ZblJugR 1978, 111 f

2) Rechtsprechung: BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 verliert zur Zulässigkeit der "einstweiligen Anordnung in selbständigen Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 1-3, 6, 9 ZPO" kein Wort; BayObLG, FamRZ 1980, 1064 f = DAVorm 1980, 748; FamRZ 1982, 1118; ZblJugR 1981, 399, 401; 1980, 288, 290; OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 747; 1980, 1155; 1956, 86; OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 1235; OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 852 = FRES Bd.3, S. 403

Literatur: Vogel, AnwBl 1980, 398 f; Baur, FG, § 22 BI 2 c; Ambrock, § 1672 BGB Anm.3; Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 4; AK-BGB/Münder, § 1666 BGB Rz. 45; Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 29; Gernhuber, § 56 I 4 (S. 855); Klein, NJW 1977, 2345; Kissel, Bd. 2 S. 156, 163; Palandt/Diederichsen, Einf. vor § 1626 BGB Anm. 4 a, Einf. vor § 1564 BGB Anm. 4 c, ausführlich in 41.Aufl., Einf. vor § 1564 BGB Anm. 4 m; Parche, NJW 1979, 139, 144; Schneider in Schnellübersicht Neues Eherecht, Bd. 2, S. 186; Schleicher in RWP, 2 BürgR D, Eherecht-Ehescheidung II B 3 S.263 f; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159, 1163; Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 63; Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 24; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 14 c; Soergel/Lange, § 1634 Rz. 35

3. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

a) Sachliche, örtliche und instanzielle Zuständigkeit

Für den Erlaß vorläufiger Anordnungen ist sachlich gemäß § 621 Abs. 1 das Familiengericht zuständig.

Da die vorläufige Anordnung im Rahmen eines Hauptverfahrens und als Teil dieses Verfahrens ergeht, ist örtlich das für die Hauptsache örtlich zuständige Gericht zuständig.¹⁾ In Eilfällen kann sich jedoch auch gemäß § 44 FGG eine Zuständigkeit des Gerichts ergeben, in dessen Bezirk das Bedürfnis für die Eilmaßnahme auftritt.

Zweifel hinsichtlich der instanziellen Zuständigkeit können sich ergeben, wenn das Bedürfnis für eine vorläufige Anordnung erst auftritt, wenn sich das Hauptverfahren bereits in der Rechtsmittelinstanz befindet. Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 24 Abs. 3 FGG ist in derartigen Fällen das Rechtsmittelgericht der Hauptsache für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zuständig.²⁾ Müller³⁾ entnimmt der ZPO-Regelung in § 943 Abs. 1 und § 627 Abs. 3, S. 3 a.F. den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach das jeweils mit dem Hauptverfahren befaßte Tatsachengericht zuständig ist, und kommt so ebenfalls zu einer Zuständigkeit des Beschwerdegerichts. Die Annahme eines derartigen allgemeinen Rechtsgedankens dürfte zwar im Hinblick auf die am 1.7.1977

1) Göppinger, AcP 169, 522

2) Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 3;
Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 4

3) JR 1954, 52

in Kraft getretene Vorschrift des § 62o a Abs.4¹⁾ zweifelhaft sein, erübrigt sich aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 24 Abs.3 FGG.

b) Anhängigkeit eines Hauptverfahrens

Anders als im Zivilprozeßverfahren gibt es im FGG kein den §§ 935 ff. entsprechendes selbständiges, von dem Verfahren zur Hauptsache abgetrenntes Eilverfahren betreffend den Erlaß einer vorläufigen Anordnung.²⁾ Bei den vorläufigen Anordnungen handelt es sich um Fälle, in denen vor Erlaß der Endentscheidung ein sofortiges Eingreifen des Gerichts ohne abschließende Klärung des Sachverhalts erforderlich ist.³⁾ Da die vorläufige Anordnung somit nur eine vorläufige Regelung bis zur Entscheidung im Hauptverfahren trifft, kann eine vorläufige Anordnung nur im Rahmen eines anhängigen Hauptverfahrens ergehen.⁴⁾ Dieses muß daher bereits anhängig sein oder gleichzeitig anhängig gemacht werden, was bei Antragsverfahren einen entsprechenden Antrag voraussetzt.

-
- 1) Nach § 62o a Abs. 4 richtet sich die Zuständigkeit für den Erlaß einstweiliger Anordnungen danach, bei welchem Gericht die Ehesache schwebt. Das Berufungsgericht ist für den Erlaß einstweiliger Anordnungen gemäß § 62o nur dann zuständig, wenn die Ehesache in der Berufungsinstanz schwebt; andernfalls ist das Amtsgericht als Familiengericht im ersten Rechtszug zuständig, BGH NJW 1980, 188 = FamRZ 1980, 48; FamRZ 1981, 759; NJW 1979, 2519 = FamRZ 1979, 1004; Thomas/Putzo, § 62o a ZPO Anm. 1; a.A. Zöllner/Philippi, § 62o a Rz. 14
 - 2) OLG Stuttgart, OLGZ 1975, 391, 392
 - 3) Göppinger, AcP 169 S. 515
 - 4) KG FamRZ 1977, 475 f; OLG Hamm in Schnellübersicht Neues Eherecht, Bd. 2, 186 (IX Nr.59); OLG Hamm OLGZ 72, 382 f = FamRZ 72, 520; OLG Schleswig, SchlHA 1960, 292; OLG Karlsruhe, NJW 1978, 2100; OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; OLG Stuttgart, OLGZ 1966, 471, 473; 1975, 391 f; Schulte, MDR 1953, 582; Firsching, S. 263; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 63; Baur, FG, § 22 B I 2 c; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 25; Göppinger, AcP 169 S. 520

Dies entspricht den gesetzlich geregelten Fällen einer einstweiligen Anordnung, z.B. in den §§ 127 a Abs. 2, 621 f Abs. 2 in Verbindung mit § 620 a Abs. 2. Danach setzt eine einstweilige Anordnung die Anhängigkeit der Hauptsache oder die Einreichung eines Prozeßkostenhilfegesuchs voraus.

Ein Verfahren der vorläufigen Anordnung ohne ein gleichzeitig anhängiges Verfahren der Hauptsache ist verfahrensrechtlich ausgeschlossen.

Daher muß auch in Amtsverfahren das Hauptsacheverfahren unverzüglich eingeleitet werden.

Ist noch kein Hauptsacheverfahren anhängig, so kann allerdings in Antragsverfahren, auch wenn der Antragsteller sein Begehren nur als einstweilige oder vorläufige Anordnung bezeichnet, dieses Begehren gleichzeitig als Antrag auf Einleitung eines selbständigen Hauptverfahrens ausgelegt werden.¹⁾

c) Antragserfordernis für vorläufige Anordnungen

Fraglich ist, ob in solchen Familienrechtsverfahren, deren Einleitung einen Antrag voraussetzt, auch die vorläufige Anordnung nur auf Antrag erlassen werden kann oder ob bei Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens eine vorläufige Anordnung auch von Amts wegen ergehen kann.

1) OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; OLG Zweibrücken, FamRZ 1982, 517; Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 64 Fn. 77 a

aa) Herrschende Meinung

Die h.M. in der Rechtsprechung¹⁾ und in der Literatur²⁾ folgert aus der starken Stellung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, daß eine vorläufige Anordnung auch in Antragsverfahren unabhängig von einem Antrag oder auch nur einer Anregung der Beteiligten erlassen werden kann.

bb) Kritik

Diese Ansicht überzeugt nicht. Macht das Gesetz die Einleitung eines Verfahrens von der Stellung eines entsprechenden Antrags abhängig (Beispiel: Regelung der Rechtsverhältnisse am Hausrat und der Ehwohnung), so wird daraus ersichtlich, daß es in derartigen Verfahren grundsätzlich Sache der Beteiligten ist, für gerichtlichen Rechtsschutz zu sorgen. Während bei Verfahren, die von Amts wegen einzuleiten sind, das öffentliche Interesse an einer Regelung überwiegt, hat es der Gesetzgeber in den anderen Verfahren, zu deren Einleitung der Antrag eines Beteiligten erforderlich ist,

1) OLG Schleswig, RdL 1958, 213; OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315

2) Hw. Müller, JR 1954, 52, 53;
Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG, Rz. 25, die sich für ihre Ansicht zu Unrecht auf Göppinger in AcP 169, 521 berufen; Jansen, § 19 FGG, Anm. 28; Bassenge/Herbst, § 24 FGG, Anm. 4; Bärmann, § 19 II; Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 9

zur Disposition des Antragstellers gestellt, ob eine gerichtliche Regelung zu erfolgen hat.¹⁾

Gründe für eine andere Beurteilung im Rahmen eines Verfahrens auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung sind nicht ersichtlich. Steht es zur Disposition der Beteiligten, ob überhaupt ein Verfahren eingeleitet wird, so muß es auch der Disposition der Beteiligten überlassen bleiben, ob innerhalb eines derartigen Verfahrens eine vorläufige Anordnung, die ihrerseits nur bei Anhängigkeit des Hauptverfahrens zulässig ist, ergehen soll.

Dies Erwägungen sprechen gegen die Zulässigkeit einer vorläufigen Anordnung ohne entsprechenden Antrag in einem Antragsverfahren.²⁾

1) Pikart/Henn, D I 2 (S. 76 f); Habscheid, § 19 I 1 b (S. 101 f); Baur, Studien, S. 68 f; eine andere Frage ist es, ob der Entscheidungsgegenstand des Antragsverfahrens der Disposition des Antragstellers unterliegt, das Gericht also an den Antrag gebunden ist. Dies ist nicht schon der Fall, wenn die Stellung eines Antrags Verfahrensvoraussetzung ist. So war für ein Verfahren nach § 1672 BGB a.F. zwar ein Antrag zur Verfahrenseinleitung erforderlich; dieser Antrag war jedoch nur Verfahrenseinleitungsvoraussetzung und entfaltete nur in beschränktem Umfang Sachantragsfunktion i.S. einer Bindung des Familiengerichts an den Antragsinhalt. Da sich die Entscheidung am Kindeswohl auszurichten hatte, war das Familiengericht inhaltlich an den Antrag nicht gebunden und nicht gehindert, eine dem Antrag entgegengesetzte Entscheidung zu erlassen, Hinz in MünchKomm, § 1672 Rz. 4 mwN.

2) Ebenso Göppinger, AcP 169, 513, 521 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe, FamRZ 1959, 68 = NJW 1959, 727 und LG Stuttgart, FamRZ 1959, 252; die zu § 1672 BGB ergangene gegenteilige Entscheidung des OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315 hat dadurch wesentlich an praktischer Bedeutung verloren, daß § 1672 BGB in der Fassung des am 1.1.1980 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 (SorgeRG) - BGBI I S. 1061 - die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen vorsieht, wenn das Wohl des Kindes ein derartiges Vorgehen erfordert, Hinz, in MünchKomm, ErgBd., § 1672 Rz. 2

4. Rechtliches Gehör und persönliche Anhörung der Betroffenen vor Erlaß der vorläufigen Anordnung

Nach Art. 103 Abs. 1 GG ist den Betroffenen grundsätzlich vor Erlaß der Anordnung rechtliches Gehör zu gewähren.¹⁾ Aus dem für das FGG-Verfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz folgt darüber hinaus grundsätzlich noch die Pflicht zur persönlichen Anhörung der Beteiligten.²⁾

Im Kern sind rechtliches Gehör und Anhörung zur Sachaufklärung zweierlei und scharf voneinander zu trennen. Schriftlich gewährtes rechtliches Gehör erfüllt daher nicht die in einzelnen Vorschriften (z.B. § 50 a FGG) ausdrücklich normierte Pflicht zur persönlichen Anhörung.³⁾

Von der vorherigen Gewährung rechtlichen Gehörs kann nur in besonders dringenden Fällen abgesehen werden, wenn dies nach Lage der Dinge unabweisbar ist oder den Zweck der vorläufigen Anordnung vereiteln würde.⁴⁾ So können in dringenden Fällen die Verhältnisse kein Abwarten bis zu einem Anhörungstermin oder auch nur bis zur Gelegenheit

1) BVerfGE 9, 89, 98 = NJW 1959, 427, 428; 21, 144, 145; BGH, NJW 1953, 1587; Grunsky, Grundlagen, S. 226; vgl. auch Schlüter, Das obiter dictum, S. 33 ff

2) BayObLGZ 80, 215 ff = FamRZ 1980, 1150; FamRZ 1980, 1152 (LS); Göppinger, AcP 169, 522 Habscheid, S. 118 ff; Bassenge/Herbst, § 64 k Anm. IV 3 a; Lindacher, JuS 1978, 577, 582 f; Staudinger/Göppinger, § 1666 Rz. 359; Schneider, in Rahm, IV Rz. 30; Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 FGG Rz. 82, 82 a; Jansen, § 12 FGG Rz. 94 f.

3) OLG Stuttgart, FamRZ 1977, 821; Göppinger, AcP 169, 522 f; Pikart/Henn, D I 5 (S. 78 f); Lindacher, JuS 1978, 577, 583; Schneider, in Rahm IV Rz. 29 und 33

4) BVerfGE 9, 89 = NJW 1959, 427, 428

zur Stellungnahme gestatten, wenn es z.B. darum geht, bei einem Kind gegen den Willen der Eltern eine medizinisch dringend erforderliche Bluttransfusion zu genehmigen. In solchen Fällen der dringenden Gefahr ist es gerechtfertigt, die vorläufige Anordnung ohne vorherige Anhörung und ohne Gewährung rechtlichen Gehörs zu erlassen. Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist dann jedoch unverzüglich nachzuholen.¹⁾

5. Sachliche Voraussetzungen

Vorläufige Anordnungen können nur ergehen, wenn neben den verfahrens- auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für ihren Erlaß vorliegen.

a) Dringendes Bedürfnis

Als Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes setzt der Erlaß einer vorläufigen Anordnung ein dringendes Regelungsbedürfnis voraus, das ein Abwarten bis zum Abschluß der zum Erlaß der Endentscheidung erforderlichen Ermittlungen oder Anhörungen nicht gestattet.²⁾

1) BGH, NJW 1953, 1587; OLG Stuttgart NJW 1963, 1161; OLG Hamm in Schnellübersicht Neues Ehe-recht, Bd. 2 S. 186 (XI Nr. 59); Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 FGG Rz. 82 ff; Jansen § 12 FGG Rz. 94 f; Bumiller/Winkler, § 12 FGG Anm.12; Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 64; Habscheid, S. 119; Lindacher, JuS 1978, 577, 583; Grunsky, Grundlagen, S. 234

2) allgemeine Ansicht, vgl.: OLG Bremen, NJW 1953, 306; OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 159, 160; 1982, 1235; KG, FamRZ 1971, 267; BayObLGZ 1961, 262 = FamRZ 1962, 34; FamRZ 1980, 1064 m.w.N.; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1155; Dölle, Bd. II, § 97 IX 7 a (S. 306), Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 63; Gernhuber, § 56 I 4

Vorläufige Anordnungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit dürfen entsprechend dem Zweck, zu dem sie von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, nur ergehen, wenn ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Eingreifen zur Vermeidung von Nachteilen besteht; ein solches Bedürfnis liegt vor, wenn die endgültige Entscheidung zu spät kommen und die Interessen und Belange der Beteiligten (in Sorgerechtsangelegenheiten: des Kindes) nicht mehr genügend wahren würde.¹⁾

b) Erfolgsaussicht

Weiter setzt der Erlaß einer vorläufigen Anordnung voraus, daß die beantragte Entscheidung in der Hauptsache in dieser Art wahrscheinlich ergehen wird. Da mit der vorläufigen Anordnung häufig, insbesondere in Sorgerechtsangelegenheiten, eine faktische Vorentscheidung für die Hauptsacheentscheidung getroffen wird, müssen die Aussichten des Hauptverfahrens berücksichtigt werden.²⁾

Erforderlich ist die Wahrscheinlichkeit, daß die materiell-rechtlichen Tatbestandsmerkmale, deren Erfüllung Voraussetzung für die Endentscheidung ist,

1) OLG Hamm, FamRZ 1980, 1155; OLGZ 72, 382 f. = FamRZ 1972, 520; BayObLG, FamRZ 1982, 1118; 1962, 34; OLG Stuttgart, OLGZ 1966, 471, 473; Vogel, AnwBl. 1980, 399; Göppinger, AcP 169, 513, 524; Firsching, 262; Hw. Müller, JR 1965, 52 f; Bärmann, § 19 Abs. 2; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 25; Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 9

2) BayObLGZ 1961, 262, 264 = FamRZ 1962, 34 f.; OLG Hamm, FamRZ 1956, 86; OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 159; Göppinger, AcP 169, 513, 524; Vogel, AnwBl 1980, 398 f; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG, Rz. 25; OLG Karlsruhe, DAVorm 1979, 136 = Schnellübersicht Neues Eherecht Bd. 2, S.187 (IX Nr. 62)

grundsätzlich im vorläufigen Verfahren ebenfalls zu bejahen sind.¹⁾

Auf die Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens kommt es nur dann nicht an, wenn die vorläufige Anordnung gerade zur Sicherung der Realisierung der Endentscheidung begehrt wird. So kann z.B. eine vorläufige Anordnung erforderlich werden, um zu verhindern, daß ein Elternteil das Kind ins Ausland verbringt, bevor eine Endentscheidung über das Sorgerecht ergeht.²⁾

c) Glaubhaftmachung

Die tatsächlichen Voraussetzungen für den Erlaß einer vorläufigen Anordnung sind glaubhaft zu machen.³⁾

Vorläufige Anordnungen sind von der Rechtsprechung geschaffen worden, um einem dringenden Bedürfnis abhelfen zu können, wenn der Abschluß der Ermittlungen und der Erlaß der Entscheidung in der Hauptsache nicht abgewartet werden können. Hieraus folgt, daß die Tatsachen nicht erwiesen zu sein brauchen. Das Gericht braucht den Sachverhalt nicht erschöpfend aufzuklären; es ist seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, ob und in welchem

1) BayObLGZ 1961, 262, 262 f = FamRZ 1962, 34 f; FamRZ 1982, 1118, 1120; OLG Hamm, FamRZ 1956, 86; OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 661

2) BayObLGZ 1961, 262 = FamRZ 1962, 34

3) Hw. Müller, JR 1954, 52, 53; zur vergleichbaren Problematik bei Arrest/einstweilige Verfügung: Baur, Studien, S. 18 ff.

Umfang Ermittlungen angestellt werden. Die entscheidungserheblichen Tatsachen bedürfen nicht des vollen Beweises; es reicht aus, daß sie glaubhaft sind, um dem Gericht im summarischen Verfahren eine Überprüfung zu ermöglichen.¹⁾ Glaubhaft sein müssen sowohl die Eilbedürftigkeit als auch die materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen für die anzuordnende Maßnahme.²⁾

Diese Ausnahme von dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG ist wegen des summarischen und eilbedürftigen Charakters des Verfahrens auf Erlass einer vorläufigen Anordnung gerechtfertigt.³⁾

Die Beschränkung auf Glaubhaftmachung entspricht einem allgemeinen Grundsatz in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, wie er auch in vergleichbaren gesetzlich geregelten Fällen des vorläufigen Rechtsschutzes zum Ausdruck gekommen ist.⁴⁾

1) OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315 f.; KG JFG 1920, 247; BauObLG FamRZ 1968, 267 f.; 1980, 1064; OLG München, FamRZ 1978, 54; Erman/Ronke, § 1671 Rz. 75

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 1235; 1969, 159; OLG München, FamRZ 1978, 54; Erman/Ronke, § 1671 Rz. 75; BayObLGZ 1961, 262, 264 f. = FamRZ 1962, 34 f.; BayObLGZ 1976, 324; 327 f.; 1980 S. 202, 204; ZblJugR 1981, 399, 401; KG, FamRZ 1971, 267; OLG Hamm, FamRZ 1956, 86, Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 25; Hw. Müller, JR 1954, 53, Jansen, § 19 FGG, Rz. 28

3) KG JFG 1922, 264, 267; Hinz, in MünchKomm, ErgBd., § 1671, Rz. 95

4) siehe dazu § 620 a Abs. 2 S. 3 und § 920 Abs. 2

6. Inhalt der vorläufigen Anordnung

Der Regelungsinhalt der vorläufigen Anordnung wird durch das damit verfolgte Ziel bestimmt. Dabei räumt das FGG dem Richter nicht nur bezüglich des Verfahrens, sondern auch bezüglich der Entscheidung einen weitgehenden Ermessensspielraum ein.¹⁾ Für die einstweilige Verfügung der ZPO darf das Gericht nach § 938 Abs. 1 nach seinem Ermessen bestimmen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Angesichts der weitgehenden Freiheit des Gerichts in FGG-Verfahren besteht daher erst recht ein Ermessensspielraum des Gerichts für den Inhalt vorläufiger Anordnungen.²⁾ Das gilt insbesondere für von Amts wegen einzuleitende Verfahren. Bei der Auswahl der Maßnahmen ist der Richter im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens frei.³⁾ Grenzen des Ermessens ergeben sich aus dem Charakter der vorläufigen Anordnung als Eilmaßnahme in dringenden Fällen.

a) Beschränkung durch Zweck und Charakter

Aus Zweck und Charakter der vorläufigen Anordnung folgt allgemein, daß diese in aller Regel

1) Habscheid, § 19 (S. 100 f.)

2) Göppinger, AcP 169, 527; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 6 und 63; Habscheid, § 18 III 1 (S. 33 f.)

3) BayObLGZ 61, 262, 266 = FamRZ 1962, 34; FamRZ 1980, 1064; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 Rz. 26

die endgültige Entscheidung im Hauptverfahren nicht vorweg nehmen und überflüssig machen darf.¹⁾ Ihr Inhalt darf keinesfalls weiter gehen, als die Hauptentscheidung gehen würde, und muß sich innerhalb dieses Rahmens an das halten, was nach der Sachlage zur Abwendung der befürchteten Nachteile unbedingt erforderlich ist.²⁾

b) Prinzip des mildesten Eingriffs/keine Vorwegnahme der Hauptsache

Vorläufige Anordnungen sind nach dem Prinzip des mildesten Eingriffs, der aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, nur insoweit zu erlassen, als ein Regelungsbedürfnis zur Behebung der akuten Notlage glaubhaft nachgewiesen ist.³⁾

Die Maßnahme wird daher im allgemeinen nicht so weit gehen wie eine endgültige. Sie kann es in Ausnahmefällen, falls sie erforderlich wird, um eine akute und ernste Gefährdung abzuwenden.⁴⁾ Falls hierzu eine Notwendigkeit besteht, kann das Gericht Anordnungen treffen, die vorübergehend dieselbe Wirkung herbeiführen wie eine endgültige Entscheidung im Hauptverfahren.

-
- 1) OLG Bremen, NJW 1953, 306;
so auch bei Arrest/einstweiliger Verfügung
§§ 914 ff, 935 ff
 - 2) Hw. Müller, JR 1954, 53; Keidel/Kuntze/Winkler,
§ 19 FGG Rz. 26; Göppinger, AcP 169, 526 f;
Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 4 b
 - 3) Gernhuber, § 56 I 4; OLG Stuttgart, FamRZ 1982,
1235; BayObLGZ 1961, 262, 265 = FamRZ 1962, 34;
FamRZ 1968, 267; Soergel/Lange, § 1634 Rz.36
Davon ist die Frage des allgemeinen Rechts-
schutzbedürfnisses zu unterscheiden, das eine
prozessuale (Zulässigkeits-) Voraussetzung dar-
stellt und das nur gegeben ist, wenn nicht ein
anderes, einfacheres Verfahren in Betracht kommt.
 - 4) Firsching, S. 262; Hw. Müller, JR 1954, 53;
BayObLG, FamRZ 1968, 267, 268; 1980, 1064 f =
DAVorm 1980, 748; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19
FGG Rz. 26; Staudinger/Göppinger, § 1666 Rz.360

c) Maßnahmen unterhalb der für das Hauptverfahren geltenden Regelungsschwelle¹⁾

Da die vorläufige Anordnung die Hauptentscheidung grundsätzlich nicht vorweg nehmen darf, ist im Rahmen von vorläufigen Anordnungen die bloße Regelung von Teilaspekten auch dann zulässig, wenn dies im Rahmen der Endentscheidung unzulässig ist.²⁾

So wird es in Sorgerechtsangelegenheiten nach § 1672 BGB ausreichend sein, durch eine vorläufige Anordnung lediglich den Aufenthalt des Kindes bis zur Hauptentscheidung zu regeln. Eine derartige Teilregelung durch vorläufige Anordnung ist zulässig, auch wenn sie in § 1672 BGB nicht vorgesehen ist. Im summarischen Verfahren der vorläufigen Anordnung ist das Gericht somit berechtigt, Einzelregelungen zu treffen, die unterhalb der Regelungsschwelle des Hauptverfahrens liegen.³⁾

7. Kosten

Im vorläufigen Verfahren wird keine Entscheidung über die Kosten getroffen. Die Kosten des Verfahrens sind Teil der Hauptsache, da das Verfahren

1) Zu diesem Begriff vgl. Schlüter/König, FamRZ 1982, 1162 f.

2) Firsching, S. 263; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159, 1162 f

3) Firsching, S. 262; KG, FamRZ 1977, 475 ff.; OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 1235; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159, 1163; Vogel, AnwBl 1980, 401; Soergel/Lange, § 1679 Rz. 50; dazu ausführlich unten II 2 c, aa, (b)

auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung Teil des Hauptverfahrens ist.¹⁾

Die Kostenentscheidung erfolgt deshalb einheitlich in der Endentscheidung.²⁾

8. Vorläufiges Verfahren als Feriensache

Fraglich ist, ob das Verfahren auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung eine gesetzliche Feriensache ist.³⁾

a) Anwendung der §§ 199 - 202 GVG auf FGG-Familiensachen

Als Teil des Hauptverfahrens wäre das Verfahren auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung Feriensache, wenn das maßgebliche Hauptverfahren, innerhalb dessen die vorläufige Anordnung ergehen soll, seinerseits Feriensache ist.

Auf FGG-Sachen haben Gerichtsferien gemäß § 10 FGG keinen Einfluß. Ob FGG-Familiensachen gesetzliche Feriensachen sind, ist umstritten.

Nach § 621 a Abs. 1 treten in den dort aufgeführten FGG-Familiensachen u.a. an die Stelle der §§ 8 - 11 FGG die für das Zivilprozeßverfahren maßgeblichen Vorschriften. Daher finden statt § 10 FGG die §§ 199 - 202 GVG Anwendung. Alle

1) Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 64; Bumiller/Winkler, § 24 FGG Anm. 9; Hw. Müller, JR 1954, 54;

2) OLG Hamm Rpfleger 1959, 132 f;
Vogel, AnwBl 1980, 400

3) Dieses Problem entfällt, wenn entsprechend einem Gesetzesentwurf der BReg-BR-Drucks. 522/84 - die §§ 199 - 202 GVG aufgehoben werden.

dort nicht aufgeführten Sachen sind keine Feriensachen. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, daß FGG-Familiensachen, wie es eine Mindermeinung annimmt,¹⁾ gesetzliche Feriensachen sind.²⁾

Das Verfahren auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung ist somit nicht schon deswegen gesetzliche Feriensache, weil das Hauptverfahren diese Eigenschaft besitzt. Eine Änderung ist durch das UAndG³⁾ beabsichtigt. Durch § 200 Abs. 2 Nr. 5 b GVG sollen auch die in § 23 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis Nr. 8 GVG genannten FGG-Familiensachen Feriensachen sein, soweit sie nicht Folgesachen sind.

b) Analogie zu § 200 Abs. 2 Nr. 2 GVG

Es widerspräche der Eilbedürftigkeit des Verfahrens auf Erlaß einer vorläufigen Anordnung als Eilverfahren, wenn dieses Verfahren der Regelung über die Gerichtsferien unterliegen würde. Eine gesetzliche Regelung darüber, ob und inwieweit vorläufige Anordnungen in FGG-Familiensachen Feriensachen sind, fehlt, da eine gesetzliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes in selbständigen Familiensachen - wie dargelegt - nicht besteht. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Regelungslücke durch analoge Anwendung des § 200 Abs. 2 Nr. 2 GVG geschlossen werden kann:

Die Situation bei vorläufigen Anordnungen ist den in § 200 Abs. 2 Nr. 2 GVG geregelten Fällen ver-

1) OLG Zweibrücken, FamRZ 1978, 943; Walter, FamRZ 1979, 685; Kissel, Bd 2, S. 45, 46; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 12 g

2) BGH, FamRZ 1980, 671; BayObLG, FamRZ 1980, 908 = MDR 1980, 586 mwN; Stein/Jonas/Schlosser, § 621 a Rz. 3; Rolland, § 621 a ZPO Rz. 14; Brüggemann, FamRZ 1977, 20; Borgmann, FamRZ 1978, 46; AnwBl 1977, 243; Zöller/Philippi, § 621 a Rz. 15; Wieczorek, § 621 a Anm. A II; Bassenge/Herbst, § 64 k Anm. IV 2 g

3) BT-Drucks. 10/2888

gleichbar. Hier wie in den dort geregelten Fällen der einstweiligen Verfügung bzw. der einstweiligen Anordnung geht es um eine vorläufige Regelung. Die vorläufige Anordnung in FGG-Familiensachen ist von der Rechtsprechung gerade für Fälle besonderer Eilbedürftigkeit geschaffen worden. Diese Eilbedürftigkeit verlangt, daß eine vorläufige Anordnung auch während der Gerichtsferien möglich sein muß. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zur Neuregelung in § 200 Abs.2 Nr.5 b GVG soll damit der Tatsache Rechnung getragen werden, daß in den Familiensachen des § 23 b Abs.1 S. 2 Nr.2 bis 4, 8 GVG ein Bedürfnis für eine beschleunigte Erledigung bestehen kann.¹⁾ Wenn schon für das Hauptverfahren ein Beschleunigungsbedürfnis bestehen kann, dann gilt dies erst recht für das Eilverfahren der vorläufigen Anordnung. § 200 Abs. 2 Nr. 2 GVG enthält den allgemeinen Rechtsgedanken, daß Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, die besonderer Beschleunigung bedürfen, auch während der Gerichtsferien möglich sein müssen. Die Gleichheit der Interessenlage gebietet eine analoge Anwendung des § 200 Abs.2 Nr.2 GVG auf vorläufige Anordnungen in FGG-Familiensachen.²⁾

9. Wirksamkeitsdauer

Nach § 16 Abs. 1 FGG wird die vorläufige Anordnung mit ihrer Bekanntmachung wirksam.

Die Wirksamkeitsdauer der vorläufigen Anordnung wird durch ihren Charakter und den Zweck, zu dem sie von der Rechtsprechung geschaffen worden ist,

1) BT-Drucks. 10/2888 S 21

2) Dickert, FamRZ 1981, 939; Thomas/Putzo, § 200 GVG, Anm. 1 c; Zöllner/Philippi, § 621 a Rz.15; Bassenge/Herbst, § 64 k Anm. IV 2 g; Bergerfurth, FamRZ 1962, 52, 53;
a.A. Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 a Anm 3 B a. § 200 GVG Anm. 2 d, jedoch ohne die Frage einer analogen Anwendung auf vorläufige Anordnungen in selbständigen Familiensachen ausdrücklich zu erörtern; Walter, Der Prozeß, S. 222

bestimmt. Das Verfahren der vorläufigen Anordnung ist kein selbständiges Verfahren, sondern Teil des Hauptverfahrens; die vorläufige Anordnung soll - wie dargelegt - in dringenden Fällen den Zeitraum bis zum Erlaß der Endentscheidung regeln. Hieraus ergibt sich, daß die Wirkung der vorläufigen Anordnung begrenzt ist durch das Wirksamwerden der endgültigen Entscheidung¹⁾ oder durch sonstige Beendigung des Hauptverfahrens. Mit der Beendigung des Verfahrens zur Hauptsache - gleich auf welche Art - wird also die vorläufige Anordnung wirkungslos bzw. ist ein Erlaß in diesem Verfahren nicht mehr möglich.²⁾

Aus dem Charakter der vorläufigen Anordnung folgt des weiteren, daß die Beendigung der Wirksamkeit "automatisch" eintritt, ohne daß es einer förmlichen Aufhebung durch das Gericht bedarf.³⁾ Dies entspricht dem Gedanken des § 62o f Satz 1, wonach eine einstweilige Anordnung in Ehesachen mit dem Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung außer Kraft tritt.

Allerdings empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtsklarheit, in der Hauptentscheidung auszusprechen, daß die vorläufige Anordnung außer Kraft tritt, wenn die Hauptentscheidung inhaltlich von der vorläufigen Anordnung abweicht oder wenn durch die Hauptentscheidung eine Maßnahme gerade abgelehnt

-
- 1) OLG Hamm, OLGZ 72, 382 = FamRZ 1972, 520; FamRZ 1980, 1155; KG, FamRZ 1971, 267; BayOblG FamRZ 1981, 86; OLG Stuttgart, Die Justiz 1966, 156; Bassenge/Herbst, § 24 FGG, Anm. 4; Göppinger AcP 169, 529; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 26; Erman/Ronke, § 1671 Rz. 75
 - 2) OLG Stuttgart, OLGZ 71, 259 f: Im entschiedenen Fall war während eines Verfahrens nach § 1672 BGB die Ehe rechtskräftig geschieden worden, wodurch sich nach Auffassung des OLG Stuttgart das Verfahren gemäß § 1672 BGB erledigt hatte.
 - 3) Bassenge/Herbst, § 24 FGG Anm. 4 e; OLG Hamm, OLGZ 72, 382 = FamRZ 1972, 520; FamRZ 77, 744, 746; Keidel/Kuntze/Winkler, § 19 FGG Rz. 26; Jansen, § 19 FGG, Rz. 30

wird, die durch die vorläufige Anordnung angeordnet worden ist.¹⁾

10. Begründung der vorläufigen Anordnung

Das FGG sieht nicht ausdrücklich eine Begründung für erstinstanzliche Entscheidungen vor. In § 25 FGG ist lediglich die Begründung von Beschwerdeentscheidungen geregelt.²⁾

Auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind jedoch erstinstanzliche Entscheidungen von einigem Gewicht zu begründen, damit die Erwägungen des Gerichts, die zu der Entscheidung geführt haben, sichtbar werden. Nur so ist den Beteiligten eine Überprüfung der Rechtsansicht und Tatsachenwürdigung des Gerichts möglich; dies wiederum ist Voraussetzung für die Entscheidung der Betroffenen, ob der Beschluß akzeptiert oder mit Rechtsmitteln angegriffen werden soll.³⁾ Dies ist - soweit ersichtlich - allgemein anerkannt.⁴⁾ Ein schutzwürdiges Interesse an einer Begründung ist immer dann gegeben, wenn die Beteiligten widersprechende Anträge stellen und unterschiedliche Auffassungen vertreten; in echten Streitverfahren wird dies regelmäßig der Fall sein.

Die Begründungspflicht des Gerichts folgt aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, Art. 20 Abs. 3 GG,⁵⁾ der die Rechtsprechung an Recht und Gesetz bindet:

1) so auch Göppinger, AcP 169, 530

2) Schneider, in Rahm, IV Rz. 37

3) OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 942 f;
Pikart/Henn S. 92 f

4) BVerfG, NJW 1957, 298; OLG Köln, FamRZ 1972, 278; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 56 f;
OLG Celle, FamRZ 1978, 54; BayObLG, NJW 1967, 1867 = FamRZ 1968, 618 (LS); Bassenge/Herbst, Einl. V, 4, d, bb; Schneider, in Rahm, IV Rz. 37

5) OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 746;
Ule, DVBl 1959, 537, 542; Schneider, a.a O.
a.A. OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 56, 57

Die Gerichte sollen den beteiligten Parteien, der höheren Instanz, der Öffentlichkeit und nicht zuletzt sich selbst Rechenschaft darüber ablegen, daß ihre Entscheidungen auf Recht und Gesetz und nicht auf Willkür beruhen.¹⁾

Diese Erwägungen gelten im selben Maße für vorläufige Anordnungen. Der Beschluß, mit dem eine vorläufige Anordnung erlassen oder abgelehnt wird, ist daher je nach Sachlage zu begründen,²⁾ also dann, wenn die Entscheidung in die Rechte eines der Beteiligten eingreift und wenn ein schutzwürdiges Interesse an einer Begründung besteht.

II. Vorläufiger Rechtsschutz in den kindschaftsrechtlichen Regelungen der § 621 Abs. 1 Nr.1 bis 3 ZPO

Zu den kindschaftsrechtlichen Regelungen, die durch § 23 b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 - 4 GVG als Familiensachen dem FamG zugewiesen sind, gehören die Sorgerechtsentscheidungen nach §§ 1671, 1672, 1696, 1678 Abs.2, 1681 Abs. 2 S. 3 BGB, die Regelung des Umgangs mit dem Kinde nach § 1634 BGB sowie das Verfahren auf Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil nach § 1632 Abs. 1, Abs. 3 Halbs. 2 BGB.³⁾ Damit hat der Gesetzgeber nur für einen Teil der Kindschaftsverfahren die Zuständigkeit des FamG begründet. Für die anderen Verfahren, z.B. für Maßnahmen nach § 1666 BGB, bleibt es bei der Zuständigkeit des VormG; sie sind keine Familiensachen

1) Schlüter, Das obiter dictum, S. 94

2) OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 745; Stollenwerk, in Rahm, VI Rz.64; Staudinger/Göppinger, § 1666 Rz. 360

3) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159

und daher nicht Gegenstand dieser Untersuchung.¹⁾
Das Gesetz knüpft in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht an die Verschiedenheit der Lebenssachverhalte an und enthält hierfür unterschiedliche Regelungen. Dabei lassen sich folgende Stadien unterscheiden:²⁾

1. Die Eltern des Kindes leben zusammen.
2. Die Eltern leben voneinander getrennt, ein Scheidungs- oder sonstiges Eheverfahren ist jedoch noch nicht anhängig.
3. Ein Eheverfahren ist anhängig.
4. Es ist bereits eine familiengerichtliche Sorgerechtsentscheidung ergangen.

1. Vorläufiger Rechtsschutz während des Zusammenlebens der Eltern

Zweifelhaft ist, ob in diesem Stadium schon eine Zuständigkeit des FamG begründet ist, ob also Familienrechtsverfahren möglich sind.

a) Möglichkeit familiengerichtlicher Maßnahmen

aa) Sorgerechtsregelungen

Die Zuständigkeit des FamG für Sorgerechtsregelungen in selbständigen Verfahren setzt erst ein, wenn die Eltern dauernd getrennt leben (§ 1672) oder ein Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe betreiben (§ 1671 Abs.1 und 6 BGB).³⁾

1) Zu den diffizilen Abgrenzungsproblemen der Zuständigkeit, vgl. Schlüter/König, FamRZ 1982, 1159 f.; Kindschaftsrechtliche Verfahren sind Familiensachen nur, soweit hierfür das FamG und nicht das VormG zuständig ist, BGH, FamRZ 1980, 1107 = NJW 1980, 126

2) vgl. Schlüter/König, FamRZ 1982, 1160

3) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1160
vgl. auch BGH, NJW 1984, 2824

Eine analoge Anwendung des § 1672 BGB auf Sorgerechtsregelungen während des Zusammenlebens der Eltern wird - soweit ersichtlich - weder in Rechtsprechung noch in Literatur in Erwägung gezogen. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis, da Sorgerechtsverfahren vor dem VormG gemäß § 1666 BGB möglich sind. Ein sorgerechtliches Familienverfahren, innerhalb dessen eine vorläufige Anordnung ergehen könnte, ist also bei diesem Lebenssachverhalt nicht möglich.

bb) Regelung des Umgangs

Leben die Eltern noch nicht dauernd getrennt, so sind derartige Verfahren nur denkbar, wenn zuvor das VormG im Rahmen einer Regelung nach § 1666 BGB einem oder gar beiden Elternteilen das Sorgerecht entzogen hat.

Zweifelhaft ist, ob für Verfahren im Anschluß an eine derartige Entscheidung des VormG eine Zuständigkeit des FamG begründet ist, oder ob das VormG, das die Hauptentscheidung Personensorgeentziehung erlassen hat, auch für die Umgangsregelung zuständig ist.

(1) Mindermeinung

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, daß nach vorangegangener Sorgerechtsentscheidung durch das VormG dieses auch ausschließlich für eine Umgangsregelung zuständig ist.

Von einigen Gerichten¹⁾ wird dies damit begründet, daß Umgangsregelungen in diesem Stadium nicht auf § 1634 BGB, sondern nur auf § 1666 BGB gestützt werden könnten.

1) OLG Oldenburg, FamRZ 1979, 1038; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 477

Überwiegend begründen die Vertreter dieser Ansicht die Zuständigkeit des VormG mit einer teleologischen Reduktion der §§ 23 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GVG, 621 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 1634 Abs. 2 BGB nach ihrem Sinn und Zweck¹⁾

(2) Herrschende Meinung

Diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Die h.M.²⁾ knüpft an den Wortlaut der §§ 23 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVG, 621 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 1634 Abs. 2 BGB an und weist die Umgangsregelungen dem FamG zu, auch wenn die vorangegangene Sorgerechtsentscheidung vom VormG getroffen worden ist.

Diese Ansicht entspricht dem Willen des Gesetzgebers, dem die Kompetenzprobleme bekannt waren, wie aus dem Bericht des Rechtsausschusses zum Sorgerechtsgesetz hervorgeht.³⁾

In Kenntnis der Zuständigkeitsprobleme will es der Gesetzgeber im Rahmen der Neufassung des § 23 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVG durch das UÄndG bei der umfassenden Zuständigkeit des FamG für Umgangsregelungen belassen.⁴⁾

-
- 1) Dazu ausführlich Schlüter/König, FamRZ 1982, 1160 m.w.N.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 479; OLG Schleswig, SchlHA 1982, 41; Soergel/Lange, § 1634 Rz. 32; Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1634 Rz. 5; Rolland, § 1634 BGB Rz. 21; Bassenge/Herbst, § 64 k Anm. II 2 b
 - 2) BGH, FamRZ 1981, 659 f = NJW 1981, 2067; NJW 1984, 2824; BayObLG, FamRZ 1982, 958; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 621 Anm. 1 b; Schwab, Handbuch, Rz. 223 (S. 92); Stein/Jonas/Schlosser, § 621 Rz. 7; Walter, Neuer Prozeß, S. 18; Palandt/Diederichsen, § 1634 Anm. 4 a (anders noch in der 41. Aufl., § 1634 Anm. 4 a); Kissel, GVG, § 23 b Rz. 59; Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 25 unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in der Voraufgabe
 - 3) BT-Drucks. 8/2788, S. 52; vgl. BGH, NJW 1984, 2823
 - 4) Begr.RegE, BT-Drucks. 10/2888 S. 13, 20

Danach soll § 23 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVG folgenden Wortlaut erhalten: "3. Verfahren über die Regelung des Umgangs eines Elternteils mit dem ehelichen Kinde;" Umgangssachen sind somit auch in diesem Stadium Familiensachen.

cc) Verfahren auf Herausgabe des Kindes

Solange die Eltern noch zusammenleben, ist ein Herausgabeverfahren nur möglich, wenn das VormG nach §§ 1666, 1789 ff. BGB einen Vormund oder Pfleger bestellt hat, der gemäß §§ 1632 Abs.3, 1800, 1915 BGB von den Eltern das Kind herausverlangt.¹⁾

Dieser Fall wird von § 1632 Abs. 3 nach seinem Wortlaut nicht geregelt; weder liegt ein Herausgabeverlangen an den anderen Elternteil noch ein Herausgabeverlangen des Elternteils gegenüber einem Dritten vor.²⁾

Die h.M. geht davon aus, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des 1.EheRG und des SorgeRG die Verweisungsvorschriften der §§ 1800, 1915 BGB übersehen hat, und schließt die sich so ergebende Gesetzeslücke durch analoge Anwendung des § 1632 Abs.3 Halbs. 1 BGB, nimmt also ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren an.³⁾

Insoweit ist also in diesem Stadium ein familienrechtliches Verfahren, innerhalb dessen eine vorläufige Anordnung ergehen könnte, nicht zulässig.

1) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1160

2) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1160

3) OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 706;
OLG Hamburg, FamRZ 78, 792; KG FamRZ 1978,
706; OLG Köln, FamRZ 1978, 707; Schlüter/König,
FamRZ 1982, 1161 m.w.N.; Zöllner/Grummer, § 23 b
GVG Rz. 26; Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 37

b) Vorläufiger Rechtsschutz

In diesem Stadium sind Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes durch das FamG somit nur für Umgangsregelungen möglich. Für die anderen Verfahren ist eine Zuständigkeit des VormG begründet. Das bedeutet aber nicht, daß in diesen Verfahren ein vorläufiger Rechtsschutz möglich wäre; denn auch das VormG kann vorläufige Anordnungen erlassen, falls hierfür ein Bedürfnis besteht.

2. Vorläufiger Rechtsschutz bei dauerndem Getrenntleben der Eltern

a) Möglichkeit familienrechtlicher Verfahren

Wenn Eltern dauernd getrennt leben, ist eine gemeinsame Ausübung des Sorgerechts häufig nicht möglich oder mit Unzuträglichkeiten verbunden.¹⁾

Um Regelungen für das Kind treffen zu können, sind die Eltern daher auf gerichtliche Hilfe angewiesen.

aa) Sorgerechtsregelungen

Mit Beginn des dauernden Getrenntlebens sind familiengerichtliche Verfahren gemäß §§ 1672, 1632 Abs. 1 und 3, § 1634 Abs. 2 BGB möglich.

Neben der Zuständigkeit des FamG besteht eine Zuständigkeit des VormG gemäß § 1666 BGB für die im Interesse des Kindeswohls zur Gefahrenabwehr erforderlichen Einzelmaßnahmen, die grundsätzlich in der Entziehung der gesamten elterlichen Sorge gipfeln können.²⁾

1) Palandt/Diederichsen, § 1672 Anm. 1

2) Zöller/Philippi, § 621 Rz. 29

Die h.M.¹⁾ grenzt die Kompetenz zwischen FamG und VormG nach dem Inhalt der zu treffenden Entscheidung ab. Bei Sorgerechtsregelungen nach den §§ 1672, 1671 BGB handelt es sich danach um Familienrechtsverfahren, für die das FamG zuständig ist; für Einzelmaßnahmen, die nicht auf §§ 1672, 1671 BGB gestützt werden können, ist das VormG zuständig.²⁾

**bb) Verfahren gemäß § 1634 Abs. 2 und
§ 1632 Abs. 3 BGB**

Leben die Eltern dauernd getrennt, so unterliegen Verfahren zur Regelung des Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem gemeinsamen Kind gemäß § 1634 Abs. 2 BGB und Verfahren betreffend die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil gemäß § 1632 Abs. 3, 2.Halbs. BGB als Familiensachen der Zuständigkeit des FamG. Zuständigkeitsprobleme treten insoweit nicht auf.

1) BGH, FamRZ 1980, 1107 = NJW 1981, 126; OLG Düsseldorf, FamRZ 1983, 938; Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 32; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1162 m.w.N. (Fn 20)

2) Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann dieses Problem nicht weiter vertieft werden. Ausführliche Darstellungen finden sich bei Schlüter/König, FamRZ 1982, 1161 ff. und bei Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 29 ff. Anders als Philippi und die h.M. gehen Schlüter/König davon aus, daß die §§ 1672, 1671 BGB gegenüber den §§ 1666 ff. BGB Spezialitäts- und Ausschließlichkeitscharakter haben, soweit es sich um gestaltende Sorgerechtsregelungen zwischen den Eltern handelt. Gestaltende Regelungen, die nicht nach §§ 1672, 1671 BGB zulässig sind, können danach auch nicht auf die §§ 1666 ff. BGB gestützt werden. Folgt man dieser Ansicht, bleibt neben den §§ 1672, 1671 BGB für Verfahren nach §§ 1666 ff. BGB nur ein geringer Anwendungsbereich (Ermahnungen, Verwarnungen, Ge- oder Verbote gegenüber den Eltern).

b) Möglichkeiten der vorläufigen Regelung

aa) Voraussetzungen für vorläufige Anordnungen
in Sorgerechtsangelegenheiten

Gerichtliche Regelungen in Sorgerechtsangelegenheiten werden besonders dann erforderlich und von den Eltern eingeleitet, wenn die Beziehung der Eltern zueinander noch von den Streitigkeiten gekennzeichnet sind, die regelmäßig zu dem Getrenntleben geführt haben. In diesem Stadium sind unter den Ehegatten die Zerwürfnisse und Streitigkeiten oft sogar größer als nach der Scheidung, wenn sich die Wogen der Emotionen wieder geglättet haben.¹⁾

Der Wille zu einer gemeinsamen Entscheidung in bezug auf die Erziehung von Kindern ist bei den Eltern in diesen Fällen häufig nicht mehr vorhanden; vielmehr besteht die Gefahr, daß die Eltern die Kinder in ihren Streit einbeziehen und somit das Kindeswohl gefährden. Bei derartigen Konstellationen kann das Kindeswohl ein unverzügliches Eingreifen des Gerichts erfordern.²⁾

Daher hat das FamG in Sorgerechtsangelegenheiten eine vorläufige Anordnung zu treffen, wenn ein dringendes Bedürfnis für eine alsbaldige

1) Soergel/Lange, § 1672 Rz. 2

2) Münder, in AK-BGB, § 1672 Rz. 3

Regelung vorliegt, das ein Abwarten bis zur beendeten Sachuntersuchung nicht gestattet.¹⁾

Wegen der faktisch präjudiziellen Wirkung²⁾ reicht nicht schon jedes vernünftige, ernstliche Interesse des Antragstellers zum Erlaß einer vorläufigen Anordnung aus. Maßgebliches Kriterium ist allein das Kindeswohl; denn vorläufige Anordnungen ergehen ausschließlich zu dem Zweck, drohende Nachteile für das Kind zu vermeiden.³⁾

bb) Voraussetzung vorläufiger Anordnungen zur Regelung des Umgangs

Vorläufige Anordnungen sind auch in Umgangsregelungsangelegenheiten zulässig, wenn zum Schutz des ehelichen Kindes ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Einschreiten besteht.⁴⁾

Solche Situationen sind beispielsweise denkbar, wenn es etwa kurz vor Ferien oder besonderen Anlässen (Geburtstag, hohe Feiertage) zur Trennung der Eltern kommt und die Kinder in die Streitigkeiten der Eltern einbezogen werden.

1) Staudinger/Schwoerer, § 1671 Rz. 168; RG, JW 1910, 113; Hoffmann/Stephan, § 74 EheG Anm.8; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 12

2) Münder, in AK-BGB § 1672 Rz. 39

3) OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315 f; OLG Stuttgart, FamRZ 1975, 593; OLG Schleswig SchlHA 1979, 49; BayObLGZ 11, 312, 315; RG JW 1910, 113; KG J 21 A, 192 f; J 45 A, 29, 30; MDR 1970, 237; FamRZ 1977, 475; BayObLGZ 80, 215 = FamRZ 1980, 1150; OLG Karlsruhe, FamRZ 1959, 68 = NJW 1959, 727; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 12; Planck, § 1666 Anm. 2 a; Münder, in AK-BGB, § 1672 Rz. 2

4) OLG Hamburg, FamRZ 1982, 722; LG München DAVorm 1976, 210 f; JFG 20, 247; Erman/Ronke, § 1634 Rz. 33; Staudinger/Schwoerer, § 1634 Rz. 114; Palandt/Diederichsen, § 1634 Anm.4 e; Firsching, S. 284; Soergel/Lange, § 1634 Rz.35

cc) Vorläufige Anordnungen auf Kindesherausgabe

Vorläufige Anordnungen sind auch in isolierten Herausgabeverfahren nach FGG-Grundsätzen möglich, wobei der Erlaß der vorläufigen Anordnung - wie allgemein - ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Eingreifen voraussetzt.¹⁾

(1) Voraussetzungen

Die erforderliche materiell-rechtliche Grundlage für das Herausgabeverlangen ist nur dann gegeben, wenn dem anspruchstellenden Elternteil das alleinige Recht zur Aufenthaltsbestimmung zusteht, wie sich aus § 1632 Abs. 3 BGB ergibt. Auch eine vorläufige Anordnung kann nur ergehen, wenn sie der materiellen Rechtslage entspricht, wenn das Begehren also auch sachlich begründet ist.²⁾

Erfolgreich können Anträge auf Erlaß einer vorläufigen Herausgabeanordnung demnach nur dann sein, wenn neben den übrigen Voraussetzungen - dringendes Bedürfnis im Interesse des Kindes, Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens - dem Antragsteller zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht.³⁾

-
- 1) OLG Bamberg, FamRZ 1979, 835 = FRES Bd 3 S. 332; OLG Stuttgart, OLGZ 66, 471, 473; Soergel/Lange, § 1632 Rz. 20
 - 2) OLG Bamberg, FamRZ 1979, 853; OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 159; OLGZ 66, 471, 472 f; KG, FamRZ 1970, 39 = NJW 1970, 148 = MDR 1970, 237; Firsching S. 288; Hinz, in MünchKomm, § 1632 Rz. 22
 - 3) Hinz, in MünchKomm, ErgBd, § 1632 Rz. 23; Soergel/Lange, § 1632 Rz. 20

(2) Verhältnis zu einer bereits ergangenen Sorgerechtsentscheidung

Die Anordnung der Kindesherausgabe ist keine bloße Vollstreckungsmaßnahme einer Sorgerechtsentscheidung, auch wenn der Streit zwischen den Eltern um die Herausgabe des Kindes inhaltlich ein Streit um die elterliche Sorge ist. Im Rahmen eines Verfahrens auf Kindesherausgabe ist vom Gericht eigenständig sachlich zu prüfen, ob die Kindesherausgabe dem Kindeswohl entspricht. Das FamG muß somit nicht ohne weiteres die Herausgabe des Kindes an denjenigen Elternteil anordnen, dem nach der gegenwärtigen Rechtslage das Personensorge- oder Aufenthaltbestimmungsrecht zusteht.¹⁾

Eine andere Ansicht wird - soweit ersichtlich - nur vom OLG Schleswig²⁾ vertreten, das für ein Herausgabeverfahren das Rechtsschutzbedürfnis unter Hinweis darauf verneint, die Herausgabe des Kindes könne nach § 33 Abs. 2 FGG durch Anordnung von Zwangsmaßnahmen erwirkt werden. Gegen diese Ansicht spricht, daß eine Sorgerechtsentscheidung noch nicht zur Herausgabevollstreckung nach § 33 Abs. 2 FGG ermächtigt, sondern daß für diese Vollstreckungsmaßnahme eine Herausgabeanordnung Voraussetzung ist. Die Herausgabeanordnung ist somit Voraussetzung für eine Vollstreckung, jedoch selbst keine Vollstreckungsmaßnahme.

Allerdings darf das Herausgabeverfahren nicht dazu mißbraucht werden, ein bereits abgeschlosse-

1) OLG Stuttgart, OLGZ 66, 471; KG, OLGZ 72, 88, 90; OLGZ 70, 285, 290 = FamRZ 1970, 202, 205; FamRZ 1970, 488, 1971, 585; OLG Hamm, FamRZ 1967, 296 f. = OLGZ 67, 207; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 601; BayObLG, FamRZ 1977, 137, 139; 1963, 582; Hinz, in MünchKomm § 1632 Rz.21; Soergel/Lange, § 1632 Rz. 11; Erman/Ronke, § 1632 Rz. 9; Schüler DGVZ 1980, 97 ff. = ZblJugR 1981 S. 173 ff.

2) SchlHA 1978, S. 216 f = FamRZ 1978, 708

nes Sorgerechtsverfahren neu aufzurollen und eine in diesem Verfahren getroffene Entscheidung zu korrigieren. Ist im Sorgerechtsverfahren - wie im Regelfall - das für die Herausgabe des Kindes Maßgebliche erörtert worden, so ist die Prüfung im Herausgabeverfahren nur auf neu zutage getretene Gesichtspunkte, die aus Gründen des Kindeswohls gegen die Herausgabe sprechen, und darauf zu beschränken, ob das Herausgabeverlangen zur gegenwärtigen Zeit unberechtigt (etwa aus gesundheitlichen Gründen oder im Hinblick auf einen augenblicklichen Ausbildungsabschnitt) oder aus sonstigen Gründen rechtsmißbräuchlich erfolgt.¹⁾

Ob neue, für die Beurteilung des Kindeswohls wesentliche tatsächliche Gesichtspunkte, die erst nach der Sorgerechtsentscheidung eingetreten sind und zu deren Abänderung gemäß § 1696 BGB führen müßten, auch schon vor einem solchen Abänderungsverfahren im Herausgabeverfahren mit der Folge einer Zurückweisung des Herausgabeantrages berücksichtigt werden dürfen und müssen, ist umstritten.²⁾

Die Ansicht, die eine Zurückweisung des Herausgabeantrages nur bei Mißbrauch des Herausgabever-

1) BGH, LM Nr. 3 zu § 1632 BGB; BayObLG FamRZ 1963, 582; OLG Hamm, FamRZ 1967, 296 = OLGZ 67, 207; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 601; KG, FamRZ 1970, 202; 1971, 585; Erman/Ronke, § 1632 Rz. 9; Hinz, in MünchKomm § 1632 Rz.22; a.A. Gernhuber, § 19 IV 3

2) Dafür: BGHZ 19, 185 = LM Nr. 2 zu § 1632 BGB = NJW 1956, 260 = FamRZ 1956, 51 = JZ 1956, 327; Erman/Ronke, § 1632 Rz.9; Soergel/Lange, § 1632 Rz. 11 m.w.N.;
dagegen: OLG Hamm, FamRZ 1970, 95, 96; OLG Stuttgart, FamRZ 1975, 106 f; Gernhuber, § 49 IV 3; Das KG, OLGZ 72, 88 = FamRZ 1971, 585 f. hält auch solche Umstände für erheblich, die zwar schon zur Zeit der Sorgerechtsentscheidung vorlagen, dem Gericht bei dieser Entscheidung aber nicht bekannt waren, ebenso BayObLG, FamRZ 1963, 582

langens befürwortet und eine Prüfung im übrigen für nicht zulässig hält,¹⁾ erscheint zu eng und verkennt die Bedeutung des Herausgabeverfahrens, das kein bloßes Annexverfahren zum Sorgerechtsverfahren darstellt. Auch in diesem Verfahren ist maßgebliches Kriterium das Kindeswohl. Eine Überprüfung ist daher jedenfalls bezüglich solcher Gesichtspunkte zulässig, die zum Zeitpunkt des Sorgerechtsverfahrens noch nicht vorlagen und daher nicht berücksichtigt werden konnten.²⁾

(3) Vorläufige Regelung der Kindesherausgabe durch einstweilige Verfügung

Fraglich ist, ob das Herausgabeverlangen auch Gegenstand eines selbständigen Verfahrens der einstweiligen Verfügung der ZPO sein kann, wobei es hier nur um Verfahren zwischen Eltern über die Herausgabe des gemeinsamen ehelichen Kindes geht, §§ 23 b Abs. 1 Nr. 4 GVG, da nur ein derartiges Verlangen eine Familiensache ist.³⁾

(a) Meinungsstand

In der Rechtsprechung ist auch unter Geltung des 1.EheRG vereinzelt Anträgen eines Elternteiles

1) BayObLG, FamRZ 1965, 44

2) OLG Stuttgart, OLGZ 66, 471, 473; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 601; OLG Bamberg, FamRZ 1980, 620 f; OLG Hamm, OLGZ 67, 207 = FamRZ 1967, 296; KG, OLGZ 72, 88, 90 f; Palandt/Diederichsen, § 1632 Anm. 2 a cc; Hinz, in MünchKomm § 1632 Rz. 22

3) Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 37

gegen den anderen auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Kindesherausgabe stattgegeben worden.¹⁾ Die h.M. hält eine einstweilige Verfügung für unzulässig.²⁾

(b) Stellungnahme

Das Verfahren zwischen den Eltern auf Herausgabe des gemeinsamen ehelichen Kindes ist nach geltendem Recht keine zivilprozessuale Streitigkeit; die Regelung ist vielmehr ausschließlich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu treffen, §§ 621 a Abs. 1, 621 Abs. 1 Nr. 3.³⁾

Nach früherem Recht war die Rechtslage allerdings anders; denn vor Inkrafttreten des EheG 1938⁴⁾ wurde der Streit um die Herausgabe eines Kindes allgemein als zivilprozessuale Streitigkeit nicht vermögensrechtlicher Art angesehen. Da nach § 81 EheG 1938 und § 74 EheG 1946⁵⁾ das VormG im Falle einer Ehescheidung das Personensorgerecht stets zu regeln hatte, stellte sich die Frage, ob das VormG, welches mit dem Personensorgerecht auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertrug, nicht die Möglichkeit haben müsse, über die Herausgabe

1) vgl. die bei OLG Schleswig SchlHA 1979, 48 und OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 85 und FamRZ 1982, 431 geschilderten erstinstanzlichen Entscheidungen

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 85; 1982, 431; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B "Ehe, Familie"

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 85; Kropp, DRiZ 1979, 84 f; Hinz, in MünchKomm, § 1632 Rz.27; Gernhuber, § 49 IV 3 (S. 716); Palandt/Diederichsen, § 1632 Anm. 2 b

4) RGBI I S. 807

5) vom 20.2.1946 KRAB I S.77 = BGBI III 404-1

des Kindes zu entscheiden. Dies war in Rechtsprechung und Literatur umstritten.¹⁾

Jedoch setzte sich die Ansicht durch, daß für das Herausgabeverlangen allein das VormG zuständig sei. Der BGH²⁾ bezeichnete es bereits im Jahre 1955 als geltendes Recht, daß ein geschiedener Ehegatte von dem anderen die Herausgabe eines gemeinsamen Kindes nach § 1632 BGB nicht durch Klage bei dem Prozeßgericht, sondern nur durch Anrufung des VormG erreichen könne. Klarheit herrschte, seitdem durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 (GleichberG)³⁾ in § 1632 Abs. 2 BGB die Zuständigkeit des VormG begründet wurde, wenn ein Elternteil die Herausgabe des Kindes von dem anderen Elternteil verlangte.⁴⁾

Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts blieb bis zum Inkrafttreten des SorgeRG jedoch bestehen für Klagen gegen einen Dritten auf Herausgabe des Kindes.⁵⁾ Durch das SorgeRG ist die Zuständigkeit vom Prozeßgericht auf das VormG übertragen worden.⁶⁾

Nach geltendem Recht ergeben sich daher Abgrenzungsprobleme nur hinsichtlich der Zuständigkeit des

1) vgl. die Darstellung bei Kropp, DRiZ 1979, 84

2) BGHZ 19, 185 f = FamRZ 1956, 51 = NJW 1956, 260 = JZ 1956, 327

3) BGBI I S. 609

4) Kropp, DRiZ 1979, 84 f

5) BGH, LM Nr. 3 zu § 1632 BGB = NJW 1960, 2099 = FamRZ 1960, 396 = MDR 1960, 912; Soergel/Lange, 10. Aufl., § 1632 Rz. 7; Staudinger/Donau/Schwoerer, 10./11. Aufl., § 1632 Rz. 17; Hinz, in MünchKomm. § 1632 Rz. 11; ErgBd § 1632 Rz. 5

6) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1161 (Fn. 18); Schüler, DGVZ 1980, S. 97, 99 = ZblJugR 1981, S. 173 ff.

FamG zu der des VormG; vor beiden Gerichten richtet sich das Verfahren jedoch nach dem FGG, vor dem FamG mit den Ausnahmen des § 621 a Abs. 1 Satz 2. Das FGG kennt das Institut der einstweiligen Verfügung nicht.

Zwar kann nach dem Wortlaut des § 940 grundsätzlich jedes Rechtsverhältnis Gegenstand einer Verfügungsverfügung sein; Voraussetzung ist jedoch, daß über das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses die ordentlichen Gerichte zu befinden haben.¹⁾

Mit der Zuweisung einer Sache in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist auch der Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch das FamG als Prozeßgericht ausgeschlossen.²⁾

Das Verlangen auf Kindesherausgabe kann somit nicht Gegenstand einer einstweiligen Verfügung der ZPO sein.

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1982, 431; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 22, § 940 Rz. 4; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Grundz. § 916 Anm. 2 C, b

2) BGH, NJW 1983, 47, 48 = FamRZ 1982, 1200; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 85; 1982, 431; OLG Hamm, JMB1 NRW 1951, 139; OLG Stuttgart, OLGZ 71, 259 f; OLG Schleswig, SchlHA 1960, 292; OLG Celle, NdsRpfl 1965, 245; OLG Bremen, Schnellübersicht Neues EheR Bd 2 S. 186 (IX Nr. 60); Schulte, MDR 1954, 582 f; Soergel/Lange, § 1632 Rz. 20; Jansen, § 1 Anm. 85; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 22 und 62 f; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 Rz. 4; Keidel/Kuntze/Winkler, § 1 Rz. 8; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 48 läßt die Frage der generellen Unzulässigkeit der einstweiligen Verfügung offen und begründet seine Entscheidung mit der abschließenden Sonderregelung der §§ 620 - 620 g, die im Rahmen ihres Anwendungsbereiches eine einstweilige Verfügung ausschlossen, ebenso Walter, Neuer Prozeß, S. 189 = FamRZ 1979, 683

c) Möglicher Inhalt der vorläufigen Anordnung

Bereits oben¹⁾ ist dargelegt worden, daß vorläufige Anordnungen inhaltlich beschränkt sind durch die im Rahmen des Hauptverfahrens mögliche Regelung; aus der Vorläufigkeit ihres Charakters folgt, daß die vorläufige Anordnung keine endgültige Regelung enthalten und die spätere Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen darf.

Hieraus folgt für den vorläufigen Rechtsschutz in kindschaftsrechtlichen Verfahren:

aa) Sorgerechtsverfahren gemäß §§ 1672, 1671 BGB

Das FamG kann bei dauerndem Getrenntleben der Eltern Sorgerechtsentscheidungen nach § 1672 BGB treffen.

(1) Möglicher Regelungsinhalt der Hauptsacheentscheidung

Inhalt und Grenzen der Entscheidung ergeben sich aus der Verweisung auf § 1671 Abs. 1 - 5 BGB. Die gesetzliche Regelung geht davon aus, daß das Sorgerecht einem Elternteil insgesamt zuzuweisen ist; diese Bestimmung (§ 1671 Abs. 4 S. 1 BGB) ist vom BVerfG wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG für nichtig erklärt worden,²⁾ da sie keine Ausnahme vorsieht für den Fall, daß die

1) I.6. (S. 34 f.)

2) BVerfG, NJW 1983, 101

Eltern in der Lage und willens sind, das Sorgerecht gemeinsam auszuüben.

Eine Aufteilung der elterlichen Sorge ist nach § 1671 Abs. 4 S. 2 BGB nur in der Weise möglich, daß dem einen Elternteil die Personensorge und dem anderen die Vermögenssorge übertragen wird. Eine weitere Aufteilung ist nicht zulässig; das Gericht kann sich auch nicht auf die Regelung lediglich von Teilbereichen, z.B. des Aufenthaltsbestimmungsrechts, beschränken.¹⁾

Seit der Neufassung durch das SorgeRG kann das FamG die Personen- und die Vermögenssorge auch einem Pfleger oder Vormund übertragen, da § 1672 BGB in der Neufassung auch auf § 1671 Abs. 5 BGB verweist. Auswahl der Person und Bestellung des Vormunds fallen jedoch nach h.M. nicht in die Zuständigkeit des FamG, sondern sind Vormundschafts-sache.²⁾ Dem Vormund oder Pfleger kann anders als einem Elternteil nach einhelliger Ansicht die Personen- oder Vermögenssorge gegebenenfalls nur

1) BGHZ 78, 108 = FamRZ 1980, 1107 f = NJW 1981, 126 f = DAVorm 1980, 933, 936; NJW 1952, 1254; OLG Hamm, FamRZ 1979, 157; 1979, 177; 1978, 941 f; 1976, 284 = MDR 1976, 492; FamRZ 1958, 154; KG, FamRZ 1977, 475 f; 1973, 151; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 8; Hinz, in MünchKomm, § 1672 Rz. 4; ErgBd. § 1672 Rz. 4; Erman/Ronke, § 1672 Rz. 2

2) BGH LM Nr. 21 zu § 1671 BGB = NJW 1981, 460 = FamRZ 1981, 1048; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1163 mit kritischer Würdigung dieser "grotesken" Zuständigkeitsaufspaltung; Palandt/Diederichsen, § 1671 Anm. 2 d

in Teilbereichen übertragen werden;¹⁾ so kann einem Pfleger beispielsweise lediglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das Recht zur religiösen Erziehung des Kindes oder zur Vertretung in persönlichen Angelegenheiten (etwa ärztliche Behandlung, Schulbesuch) übertragen werden.

(2) Inhalt der vorläufigen Anordnung

Ergibt sich vor Entscheidungsreife in der Hauptsache das dringende Bedürfnis für ein gerichtliches Eingreifen aus Gründen des Kindeswohls, so stellt sich die Frage, ob das Gericht sich im Rahmen einer vorläufigen Anordnung an die nach §§ 1672, 1671 BGB zulässigen Regelungen halten muß, oder ob das Gericht berechtigt ist, nur Teilbereiche zu regeln, wenn dies zur Beseitigung der Gefahr ausreicht.

1) BGHZ 78, 108 = FamRZ 1980, 1107 f = NJW 1981, 126; BayObLGZ 79, 142, 147 = FamRZ 1980, 401 (LS); BayObLG FamRZ 1968, 267; FamRZ 1964, 454 = NJW 1964, 419; OLG Hamm, FamRZ 1978, 941 f; 1976, 284 = MDR 1976, 492; Staudinger/Schwoerer, § 1671, Rz. 123; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1161; Ob neben einem Verfahren nach §§ 1672, 1671 BGB noch eine Zuständigkeit des VormG für gestaltende Einzelregelungen (z.B. Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts) besteht - so BGHZ 78, 108 = FamRZ 1980, 1107 = NJW 1981, 126; BayObLGZ 1979, 142, 147; Palandt/Diederichsen, § 1671 Anm. 2 b -, wodurch entgegen § 1671 BGB faktisch eine Teilung des Personensorgerechts vorgenommen werden kann, oder ob die §§ 1672, 1671 Abs. 1 - 5 BGB nicht nur Spezialitäts-, sondern auch Ausschließlichkeitscharakter für gestaltende Sorgerechtsregelungen zwischen den Eltern gegenüber den §§ 1666 ff BGB besitzen - so Schlüter/König, FamRZ 1982, 1162 -, bedarf hier keiner Entscheidung.

(a) Ansicht des OLG Hamm (6.FamS)

Der 6. FamS des OLG Hamm¹⁾ ist der Ansicht, daß auch im Rahmen von Eilmaßnahmen eine Aufspaltung des Personensorgerechts unzulässig ist. Derartige Maßnahmen könnten allenfalls vom VormG gemäß § 1666 BGB getroffen werden.

(b) Herrschende Meinung

Nach im übrigen völlig herrschender Meinung ist das FamG bei Erlaß vorläufiger Anordnungen nicht verpflichtet, Maßnahmen im Umfang der Regelung der § 1671 Abs. 1 - 5 BGB zu treffen. Das Gericht ist im Rahmen seines Ermessens berechtigt und wegen der faktisch präjudiziellen Wirkung sowie wegen der sich aus der Natur der vorläufigen Anordnung ergebenden Beschränkungen auch gehalten, sich bei Erlaß einer vorläufigen Anordnung auf die Regelung von Teilbereichen im Verhältnis der Eltern zu beschränken; das Gericht darf nach dieser Ansicht nur die zur Beseitigung der Gefahr erforderlichen und ausreichenden Maßnahmen ergreifen.²⁾

Für eine derartige Teilregelung ist nicht das VormG gemäß § 1666 BGB zuständig; denn diese Beschränkung auf eine Teilregelung hat ihren Grund allein in der vorläufigen und summarischen Natur der vorläufigen Anordnung; diese Beschränkung ist nicht

1) FamRZ 1979, 177

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 1235; OLG Koblenz, FamRZ 1983, 201; OLG Hamm, FamRZ 1979, 157; KG MDR 1970, 237; FamRZ 1977, 475; anders noch FamRZ 1971, 267, wo das KG seine Entscheidung auf § 1666 BGB stützt. Schlüter/König, FamRZ 1982, 1162 f; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 12, Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1672 Rz. 15; Palandt/Diederichsen, § 1672 Anm. 2

etwa Ausdruck eines gegenüber dem Verfahren der Hauptsache anderen Regelungsgegenstandes.¹⁾

(c) Einzelne mögliche Maßnahmen

Das Gericht kann daher im Rahmen einer vorläufigen Anordnung z.B. einem Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht vorläufig übertragen, um mit dieser Maßnahme ein schädliches Hin- und Herwechseln des Kindes zwischen den Eltern zu verhindern.²⁾ So kann angeordnet werden, daß das Kind bis zum Erlaß der Endentscheidung bei einem Elternteil verbleiben soll³⁾ oder bei einem Elternteil oder den Großeltern unterzubringen sei,⁴⁾ oder daß das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Jugendamt vorläufig übertragen wird.⁵⁾

Eine vorläufige Zuweisung des Sorgerechts an einen Elternteil lediglich zu dem Zweck, bessere Grundlagen für die Endentscheidung zu erhalten (z.B. zwecks Einholung eines psychologischen Gutachtens), ist nicht zulässig.⁶⁾

1) KG FamRZ 1977, 475; 477; OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 1235

2) OLG Koblenz, FamRZ 1983, 201; BayObLGZ 11, 312, 315

3) KGJ 28 A, 273

4) KGJ 21 A, 192 f; BayObLGZ 11, 312

5) OLG Schleswig SchlHA 1978, 212; OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315; KG NJW 1968, 648

6) OLG Schleswig, SchlHA 1978, 114

Zusammen mit der im Verfahren gemäß §§ 1672, 1671 BGB ergehenden, die Ausübung des Personensorge-rechts betreffenden vorläufigen Anordnung kann auch eine Anordnung über die Herausgabe des Kindes erlassen werden, wenn die letzte Anordnung zur Durchsetzung der ersten dient.¹⁾

Bei der Auswahl der erforderlichen Maßnahmen darf das Gericht in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auch solche Anordnungen treffen, die vorübergehend dieselbe Wirkung herbeiführen wie eine endgültige Entscheidung im Hauptverfahren. Entscheidend für die Notwendigkeit einer vorläufigen Anordnung ist ausschließlich das Interesse des Kindes. Das Gericht darf daher - falls erforderlich - auch im Wege der vorläufigen Anordnung einem Elternteil das Sorgerecht in vollem Umfang bis zur Endent-scheidung übertragen.²⁾

**bb) Regelung des Umgangsrechts gemäß § 1634 Abs.2
BGB**

Sind die Eltern zerstritten, werden sie sich häufig auch über Modalitäten des persönlichen Verkehrs

1) OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 159; Göppinger, AcP 169, 528

2) BayObLGZ 61, 262, 266 = FamRZ 1962, 34; FamRZ 1980, 1064 = DAVorm 1980, 748; ZblJugR 1980, 288, 290; FamRZ 1968, 267 f; KG, JFG 20, 247; OLG Hamm, FamRZ 1956, 86; OLG Stuttgart, FamRZ 1975, 593 (vorläufige Übertragung der elterlichen Gewalt in einem Verfahren gemäß § 1672 BGB)

des Elternteils, der das Sorgerecht rechtlich oder faktisch nicht ausübt, mit dem Kind nicht einigen.¹⁾

Auch in Umgangsrechtsverfahren kann sich die Notwendigkeit einer vorläufigen Anordnung ergeben, wenn bis zum Erlaß der Endentscheidung noch weitere Ermittlungen erforderlich sind. Daher kann eine vorläufige Anordnung erlassen werden, um im Interesse des Kindeswohls die Bindung des Kindes an beide Elternteile aufrechtzuerhalten.²⁾

Bei der Gestaltung des Umgangsrechts kommt es im übrigen auf die Umstände des Einzelfalles an, wobei die Interessen des Kindeswohls einerseits und die berechtigten Interessen der Eltern andererseits zu berücksichtigen sind.³⁾

Innerhalb dieses Rahmens hat das FamG nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, welche Anordnungen im einzelnen zu treffen und im gegebenen Fall zweckmäßig sind, wobei das FamG den Umgang durch vorläufige Anordnung vorübergehend ausschließen kann, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, § 1634 Abs. 2 S. 2 BGB.⁴⁾

1) Dürr, FamRZ 1980, 732

2) Gernhuber, § 56 III 9

3) Jans/Happe, Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge, S. 114; Vogel, AnwBl 1980, 402

4) Vogel, AnwBl 1980, 402

Mit der vorläufigen Anordnung kann z.B. bestimmt werden:

- Ort und Zeitpunkt der Besuche¹⁾
- Holen und Bringen des Kindes,²⁾
- Anwesenheit oder Ausschluß dritter Personen, z.B. der Großeltern oder neuer Lebenspartner der Elternteile,³⁾
- Vorübergehender Ausschluß des Umgangs, wenn dies aus Gründen des Kindeswohls erforderlich erscheint, sei es aus gesundheitlichen Gründen (z.B. ansteckende Krankheit) oder weil das Kind sonst seelischen Schaden nehmen könnte (Aufhetzung des Kindes, Gefahr von psychischen Schäden wegen starker Aversionen bei anhaltender innerer Abneigung des Kindes).⁴⁾

Eine vorläufige Anordnung darf nicht nur einer Erprobung dienen, so z.B. ob Besuchskontakte zum nichtsorgeberechtigten Elternteil durchführbar sind.⁵⁾

Ein Ausschluß des Umgangsrechts durch vorläufige Anordnung wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen, um eine Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung des Kindes abzuwenden, und wenn dieser Gefährdung nicht durch eine sachgemäße Regelung des Umgangsrechts vorgebeugt werden kann.⁶⁾

-
- 1) Palandt/Diederichsen, § 1634 Anm. 3 a bb
 - 2) Arntzen, Elterliche Sorge, S. 42
 - 3) Arntzen, Elterliche Sorge, S. 43 f; BGHZ 51, 224; OLG Hamm, FamRZ 1982, 93
 - 4) BGH, FamRZ 1980, 131, 132 f = NJW 1980, 454; Dürr, FamRZ 1980, 732
 - 5) Göppinger, AcP 169, 528
 - 6) vgl. zu den Voraussetzungen eines Ausschlusses, BGH, FamRZ 1980, 131 f = NJW 1980, 454

cc) Herausgabeansprüche gemäß § 1632 BGB

Im selbständigen Herausgabeverfahren ist die Variationsbreite der möglichen Entscheidungsinhalte gering; neben Anordnung oder Ablehnung der Herausgabe kommen die Modalitäten der Übergabe in Betracht (Ort und Zeit).

Da mit einer Anordnung der Herausgabe praktisch das Ergebnis des Hauptverfahrens vorweggenommen wird, sind an den Erlaß einer derartigen vorläufigen Anordnung strenge Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich steht der Herausgabeanspruch nur dem Elternteil mit alleinigem Aufenthaltsbestimmungsrecht hinsichtlich des Kindes zu.¹⁾

Eine Herausgabeanordnung im Wege der vorläufigen Regelung wird daher nur dann in Betracht kommen, wenn eine besonders dringende Gefährdung für das Wohl des Kindes dies erfordert; im allgemeinen entspricht es aber nicht dem Wohl des Kindes, wenn es vor endgültiger Klärung, welchem Elternteil die elterliche Sorge übertragen wird, durch Anwendung von Zwangsmitteln aus seiner bisherigen Umgebung herausgenommen wird.

Ist eine Entscheidung über das Sorgerecht noch nicht getroffen und nimmt ein Elternteil das Kind eigenmächtig an sich, so begründet dies für sich allein noch keinen Herausgabeanspruch; denn einen

1) OLG Bamberg, FamRZ 1979, 853; OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 159; Vogel, AnwBl 1980, 402; Palandt/Diederichsen, § 1632 Anm. 2 b, ee; Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1632 Rz. 23

besitzähnlichen Schutz zur Wahrung des bisherigen Aufenthaltsortes von Kindern und der bestehenden Betreuungsmöglichkeiten gewährt das Gesetz im Verhältnis zwischen den gleichermaßen sorgeberechtigten Eltern nicht.¹⁾

Das Kind ist nicht bloßes Objekt eines nach anderen Gesichtspunkten als denen des Kindeswohls ausgetragenen Streits zwischen den Eltern.

Nach Auffassung des OLG Stuttgart soll im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 1632 Abs. 3 BGB eine vorläufige Anordnung mit dem Inhalt einer Umgangsregelung erlassen werden können, um dem Kind die Eingewöhnung bei dem sorgeberechtigten Elternteil zu erleichtern.²⁾

Die Ausübung des Umgangsrechts setzt jedoch regelmäßig auch die (vorübergehende) Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil voraus; daher kann die vorläufige Anordnung über die Regelung des Umgangsrechts nur dann ergehen, wenn auch die Voraussetzungen für die Kindesherausgabe glaubhaft gemacht sind; es sei denn, das Umgangsrecht wird in einer Weise geregelt, die eine Kindesherausgabe nicht erfordert (z.B. Besuchsrecht in Anwesenheit des sorgeberechtigten Elternteils)

Kommt das Gericht, welches die Herausgabevoraussetzungen allerdings nur in beschränktem Umfang überprüfen darf,³⁾ zu der Überzeugung, daß die Voraussetzungen für eine Herausgabe des Kindes nicht vorliegen, obwohl der Antragsteller Inhaber

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 85 f; KG, NJW 1970, 148 = FamRZ 1970, 31; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 48 f; Hinz, in MünchKomm, § 1632 Rz.23

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1975, 106 f

3) s.o. S.52 (B II 2 b, cc (2))

des Aufenthaltsbestimmungsrechtes ist, so würde eine Ablehnung der Herausgabe durch eine Endentscheidung zu einander widersprechenden Entscheidungen (Aufenthaltsbestimmungsrecht einerseits, Ablehnung der Herausgabe andererseits) führen. Daher kann in derartigen Fällen die Herausgabe nur vorläufig im Wege einer vorläufigen Anordnung abgelehnt werden.¹⁾ Eine endgültige Entscheidung über den Herausgabeanspruch ist erst dann möglich, wenn auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht geändert worden ist, so daß die Anordnung der Herausgabe mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht übereinstimmt.

dd) Einstweilige Anordnungen gemäß § 50 d FGG

Durch das SorgeRG vom 18.7.1979 ist § 50 FGG als neue Vorschrift eingefügt worden. Diese Zusatzvorschrift zur Kindesherausgabeanordnung stellt klar, daß im Zusammenhang mit einer Anordnung auf Herausgabe des Kindes auch die Herausgabe der zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen durch einstweilige Anordnung geregelt werden kann. Die Anordnung auf Kindesherausgabe kann ihrerseits selbst eine einstweilige Anordnung sein.²⁾

d) Einleitung des Verfahrens

Zu prüfen ist, ob die Verfahren, in denen eine vorläufige Anordnung ergehen soll, nur auf

1) OLG Stuttgart, OLGZ 66, 471 = Die Justiz 1966, 156; OLG Hamm, OLGZ 67, 207 = FamRZ 1967, 296; Göppinger, AcP 169, 528; Soergel/Lange, § 1632, Rz. 11; a.A. KG, FamRZ 1971, 585 = MDR 1971, 923 und OLG Bamberg, FamRZ 1980, 620

2) Schüler, DGVZ 1980, 97; 101 = ZblJugR 1981, 173 ff.; Keidel/Kuntze/Winkler, Nachtr. zur 11. Aufl., § 50 Rz. 3; Vogel, AnwBl 1980, 403

Antrag oder auch von Amts wegen eingeleitet werden können. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung¹⁾ auch entscheidend für die Frage, ob eine vorläufige Anordnung von Amts wegen erlassen werden kann.

aa) Verfahren gemäß § 1672 BGB

Die Regelung der elterlichen Sorge bei Getrenntleben der Eltern ist ein Antragsverfahren, wenn die elterlicher Sorge einem Elternteil allein übertragen oder zwischen den Eltern gemäß §§ 1672 S.1, 1671 Abs. 5 BGB aufgeteilt werden soll. Diese Regelungen kann das Gericht grundsätzlich nur auf Antrag eines Elternteils, nicht von Amts wegen treffen.²⁾

Nach der Neufassung des § 1672 BGB durch das SorgeRG kann und muß das Gericht jedoch bei Kindesgefährdung ein Verfahren von Amts wegen einleiten und entscheiden. Die Kindesgefährdung kann insbesondere darauf beruhen, daß die Eltern sich in wichtigen Kindesangelegenheiten nicht mehr einigen können, sich in ihren Entscheidungen wechselseitig blockieren und es dazu kommen lassen, daß wichtige Angelegenheiten des Kindes zu dessen Schaden unerledigt bleiben.³⁾

Die Auffassung von Schneider,⁴⁾ daß im Amtsverfahren nur Vormundschaft oder Pflegschaft gemäß § 1671 Abs. 5 BGB angeordnet werden dürfen, Anordnungen nach § 1671 Abs. 4 BGB jedoch stets eines Antrages bedürfen, erscheint zu eng und wird durch

1) s.o. S. 25 ff.

2) Schneider, in Rahm, VI Rz. 22.1

3) Soergel/Lange, § 1672 Rz. 6; Hinz, in MünchKomm, § 1672 ErgBd Rz. 6

4) in Rahm, IV Rz. 22.1

den Wortlaut des § 1672 BGB mit seiner umfassenden Verweisung auf § 1671 BGB nicht gedeckt.¹⁾

Ist das Gericht befugt, das Hauptverfahren von Amts wegen einzuleiten, so gilt dies auch für den Erlaß einer vorläufigen Anordnung, und zwar unabhängig davon, ob im konkreten Fall das Hauptverfahren auf Antrag oder von Amts wegen eingeleitet worden ist.

bb) Herausgabeverfahren

Das Verfahren auf Herausgabe eines Kindes setzt stets einen Antrag voraus, § 1632 Abs. 3 BGB.²⁾

Daher kann eine vorläufige Anordnung ebenfalls nur auf Antrag erlassen werden. Die einstweilige Anordnung gemäß § 50 d FGG auf Herausgabe der zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen, welche das Gericht zusammen mit der Herausgabeanordnung erlassen kann, ist ihrerseits allerdings nicht von einem Antrag abhängig; der Erlaß dieser einstweiligen Anordnung steht allein im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.³⁾

cc) Verfahren zur Regelung des Umgangs

Zur Einleitung eines Verfahrens gemäß § 1634 BGB sieht das Gesetz keinen Antrag vor; das Gericht kann also von Amts wegen tätig werden, so daß

1) Wie hier, Soergel/Lange, § 1672 Rz. 6; Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1672 Rz. 6 und 8

2) Erman/Ronke, § 1632 Rz. 11

3) Keidel/Kuntze/Winkler, Nachtr. zur 11. Aufl., § 50 d Rz. 3; Schüler, DGVZ 1980, 97, 101 = ZblJugR 1981, 173 ff.; Bumiller/Winkler, § 50 d Anm. 2

auch vorläufige Anordnungen von Amts wegen erlassen werden können.¹⁾

3. Vorläufiger Rechtsschutz in isolierten Verfahren während der Anhängigkeit einer Ehesache

Während der Anhängigkeit einer Ehesache ist der einstweilige Rechtsschutz durch §§ 620 ff. geregelt. Zweifelhaft ist, ob daneben noch vorläufiger Rechtsschutz in einem selbständigen Verfahren möglich ist, wobei vorrangig die Frage zu klären ist, ob die §§ 620 ff. schon die Möglichkeit eines selbständigen Hauptverfahrens ausschließen.

a) Zulässigkeit isolierter Verfahren

Das Verhältnis der einstweiligen Anordnung gemäß § 620 zu selbständigen Verfahren ist umstritten; bejaht man einen Vorrang der §§ 620 ff., so sind isolierte Verfahren unzulässig.

aa) Verfahren gemäß §§ 1672, 1671 BGB

Nach Einleitung einer Ehesache steht dem FamG die Möglichkeit zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 620 Satz 1 Nr. 1 offen, und zwar gemäß § 620 Satz 2 auch von Amts wegen. Geregelt werden kann nicht nur die Personensorge, sondern die elterliche Sorge insgesamt.

(1) Mindermeinung

In Rechtsprechung und Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß diese ZPO-Vorschrift

1) Erman/Ronke, § 1634 Rz. 31

ten als speziellere Regelung den Vorrang vor dem Sorgerechtsverfahren nach § 1672 BGB haben.¹⁾

Nach dieser Meinung ist ein isoliertes Verfahren, welches zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens schon anhängig ist, in ein einstweiliges Anordnungsverfahren gemäß § 620 überzu-
leiten.

Begründet wird diese Auffassung damit, daß ein neben dem Scheidungsrechtsstreit verlaufendes selbständiges Verfahren gemäß § 1672 BGB mit dem Prinzip des Entscheidungsverbundes unvereinbar sei; daher sei jedenfalls neben einem Scheidungsverfahren ein dazu parallel laufendes selbständiges Verfahren gemäß § 1672 BGB nicht zulässig.²⁾

Weiter wird der Vorrang der einstweiligen Anordnung gemäß § 620 damit begründet, daß der Gesetzgeber das Konkurrenzverhältnis beider Verfahrensarten übersehen habe; aus einer systematischen, zweckorientierten Gesetzesauslegung folge, daß das einstweilige Anordnungsverfahren als spezielle Regelung das isolierte Sorgerechtsverfahren verdränge. Das Verfahren gemäß § 620 habe der Gesetzgeber nach Zuständigkeitsvoraussetzungen, Verfahrensablauf, Entscheidungsinhalt, Abänderungsbefugnis, Rechtsbehelfen und Kostenregelung im Gegen-

1) OLG Düsseldorf (3. FamS), FamRZ 1978, 806; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 1044; Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1672 Rz. 12, Erstbearbeitung, § 1672 Rz. 10; Walter, FamRZ 1979, 672, 677 f = Neuer Prozeß S. 166 f; Der Prozeß, S. 177 f.; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 3; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 1 b, der seine Auffassung zu Unrecht als herrschend bezeichnet; Rolland, § 620 Rz. 21 (einschränkend, gegen grundsätzlichen Ausschluß der selbständigen Verfahren gemäß § 1672 BGB); Brüggemann, FamRZ 1977, 1, 12 f; Gernhuber, § 56 I 5

2) OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 1044

satz zum Hauptsacheverfahren und vorläufigen Anordnungsverfahren gemäß § 1672 BGB im einzelnen detailliert geregelt. Es ermögliche während des Scheidungsverfahrens mit dessen oft wechselnden Konfliktsituationen durch seine einfache, summarische und flexible Ausgestaltung eine weitergehende Regelungsbefugnis und Abänderungsmöglichkeit, als dies im Rahmen des § 1672 BGB möglich sei.¹⁾

(2) Herrschende Meinung

Nach der überwiegenden Meinung, der sich der BGH im Beschluß vom 12.5.1982 angeschlossen hat, wird hingegen das selbständige Sorgerechtsverfahren nach § 1672 BGB auch im Stadium eines Ehe- bzw. Scheidungsverfahrens weder durch die Möglichkeit der Erwirkung noch durch die Existenz einer einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr.1 ausgeschlossen.²⁾

-
- 1) OLG Düsseldorf (3. FamS) FamRZ 1978, 806; Stein/Jonas/Schlösser, § 620 Rz. 3
 - 2) BGH, FamRZ 1982, 788 = NJW 1982, 2561; OLG Hamm, FamRZ 1979, 1045; FRES Bd.4 S. 290; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 517; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 91; OLG Hamburg, FamRZ 1982, S. 408 f; 722; OLG Celle FamRZ 1978, 622; KG (17.ZS), FamRZ 1979, 1062, (18. ZS), FamRZ 1981, 83; OLG Karlsruhe (2. FamS), FamRZ 1980, 1154; OLG Düsseldorf (2. FamS), FamRZ 1978, 604; OLG Bremen, FamRZ 1981, 1091; 1982, 1033; OLG Stuttgart, FamRZ 1980, 400; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 405; Schlüter/König, FamRZ 1982, 1164; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 10; Palandt/Diederichsen, § 1672, Anm. 1; Erman/Ronke, § 1672 Rz. 8; Baumbach/Lauterbach/Albers, Einf. zu §§ 620 - 620 f, Anm. 1 A; Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 72; Wieczorek, § 620, Anm. A I a; Münder, in AK-BGB, § 1672 Rz. 4; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 10; Bastian, in Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 620 ZPO, Anm. 3
- einschränkend Schwab, Rz. 182 und 221 (Anordnungen nach § 620 Nr. 1 ZPO sind vorzuziehen.)

(3) Stellungnahme

Diese Auffassung hat die überzeugenden Argumente für sich:

In den Fällen, in denen das Gesetz für eine Rechtsverfolgung mehrere prozessuale Möglichkeiten bietet, ist grundsätzlich ein Nebeneinander der Rechtsbehelfe gewollt. Einschränkungen aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses kommen nur in Betracht, wenn sich die verschiedenen Verfahren nach Einfachheit, Schnelligkeit und Kostenaufwand eindeutig unterscheiden, zugleich aber die Verfahrensergebnisse im wesentlichen gleichwertig sind. Das ist nicht der Fall.

(a) Vergleich mit der Rechtslage vor Inkrafttreten des 1.EheRG

Nach § 627 a.F. konnte das Gericht der Ehesache nur Regelungen bezüglich der Sorge für die Person des Kindes treffen, während eine Regelung der Vermögenssorge nur im Rahmen eines Verfahrens nach § 1672 BGB möglich war.¹⁾ Die Verfahrensergebnisse waren somit nicht gleichwertig.

Vor Inkrafttreten des 1.EheRG war daher kaum bestritten, daß die Befugnisse des Prozeßgerichts, im Scheidungsverfahren gemäß § 627 a.F. eine einstweilige Anordnung über die Personensorge für ein gemeinschaftliches Kind zu treffen, die Kompetenz des VormG für eine Regelung nach § 1672 BGB a.F. unberührt ließ. Handelte es sich nicht um eilbedürftige Fälle, in denen das Wohl des Kindes eine

1) Begr.RegE, BT-Drucks. 7/650, S. 199

schleunige Entscheidung erfordert, wurde eher von einem Vorrang des VormG ausgegangen.¹⁾

Nach heutigem Recht kann dagegen im Scheidungsverfahren durch einstweilige Anordnung nicht nur die Personensorge, sondern die elterliche Sorge insgesamt geregelt werden. Die Entscheidung nach § 1672 BGB obliegt nicht mehr einem anderen Gericht, sondern das FamG ist für beide Entscheidungen zuständig.

(b) Vergleich der Verfahren

Zweifelhaft ist schon, ob der Antrag auf eine einstweilige Anordnung für den Elternteil, der die Regelung der elterlichen Sorge für ein gemeinschaftliches Kind erstrebt, gegenüber dem Verfahren nach § 1672 BGB den einfacheren und schnelleren Weg darstellt. Wie sich aus § 620 c ergibt, hat er keine Möglichkeit, den Rechtsmittelweg zu beschreiten, wenn das Amtsgericht zu dem Ergebnis gelangt, eine einstweilige Anordnung sei im Interesse des Kindeswohls nicht geboten.²⁾

Hat das Gericht eine einstweilige Anordnung erlassen, aber nicht im Sinne des Antragstellers, besteht für ein Beschwerdeverfahren Anwaltszwang.³⁾

1) KG, JR 1966, 224

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 817 m.w.N.; OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 295; OLG Köln, FamRZ 1983, 732; OLG Schleswig, SchlHA 1980, 45; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 840; OLG Bremen, FamRZ 1981, 1091; Zöllner/Philippi, § 620 c Rz. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 c Anm. 1 A

3) BGH, FamRZ 1982, 788, 789 = NJW 1982, 2561; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 379

Dies ist nicht der Fall, wenn eine vorläufige Anordnung im Verfahren nach § 1672 BGB ergangen ist, da in FGG-Verfahren anwaltliche Vertretung nicht erforderlich ist.¹⁾

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß eine einstweilige Anordnung nach § 620 erlassen werden "kann". Das FamG braucht keine einstweilige Anordnung zu erlassen, wenn das FamG mangels Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung ein Regelungsbedürfnis nicht bejaht.²⁾ Demgegenüber hat das FamG in einem Verfahren nach § 1672 BGB eine Entscheidung zu treffen, wenn seitens eines Elternteils ein zulässiger Antrag gestellt worden ist.³⁾

(c) Vergleich der Verfahrensergebnisse

Entscheidend ist, daß die Ergebnisse der beiden Verfahren nicht gleichwertig sind. Die Übertragung der elterlichen Sorge durch eine einstweilige Anordnung stellt nur eine vorläufige Regelung dar, die auch ohne Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nach dem Ermessen des Gerichts aufgehoben oder abgeändert werden kann, § 620 b Abs.1. Die Regelung wird nach § 620 f wirkungslos, wenn das Scheidungsbegehren zurückgenommen wird oder wenn es sonst nicht zur Scheidung kommt. Nach einer Regelung der elterlichen Sorge durch ein Verfahren nach § 1672 BGB ist hingegen eine Abän-

1) BGH, FamRZ 1978, 232 = NJW 1978, 1165; zur Möglichkeit der Beschwerde gegen eine vorläufige Anordnung, s.u. 5. (S. 89 ff.)

2) OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 405; OLG Köln, FamRZ 1983, 517; Zöllner/Philippi, § 620 Rz.4

3) BayObLG FamRZ 1968, 659 = NJW 1969, 430; Soergel/Lange, § 1672 Rz. 5

derung nur unter den Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 BGB möglich, also wenn triffende das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe dafür vorliegen.¹⁾

Die Bestimmung des § 620 f, wonach die einstweilige Anordnung bei Wirksamwerden einer anderen Entscheidung außer Kraft tritt, deutet darauf hin, daß auch nach dem Willen des Gesetzgebers eine endgültige Regelung im ordentlichen Verfahren stattfinden soll.²⁾

Die Mindermeinung versucht, diesen Bedenken mit dem Vorschlag Rechnung zu tragen, einen Hilfsantrag auf Entscheidung nach § 1672 BGB für den Fall als gestellt anzusehen, daß die einstweilige Anordnung gemäß § 620 f ihre Wirkung verliert.³⁾

Dieser Vorschlag begegnet jedoch Bedenken; denn Haupt- und Hilfsantrag müssen regelmäßig eine im gleichen Verfahren zu treffende Entscheidung zum Ziel haben; hier geht es jedoch um zwei verschiedene Verfahren.

Für die Auffassung der h.M. spricht auch, daß der Entscheidung nach § 1672 BGB deswegen größeres Gewicht zukommt, weil sie nach eingehender Ermittlung ihrer sachlichen Voraussetzungen (§ 12 FGG) getroffen wird, während für die einstweilige Anordnung eine summarische Beurteilung genügt und Glaubhaftmachung als Beweismittel zugelassen ist

1) BGH, FamRZ 1982, 788, 789 = NJW 1982, 2561

2) Zöller/Philippi, § 620 Rz. 11

3) Hinz, in MünchKomm, ErgBd. § 1672 Rz. 13

§ 62o a Abs. 2 S. 3.¹⁾ Die Regelung für die Dauer des Getrenntlebens hat faktisch eine präjudizielle Wirkung für die Entscheidung nach § 1671 BGB.²⁾ Daher besteht ein berechtigtes Interesse, daß diese Regelung nicht nur auf Grund summarischer Prüfung ergeht.

bb) Verfahren gemäß § 1632 und § 1634 BGB

Dieselben Erwägungen, aus denen sich die Zulässigkeit eines isolierten Verfahrens gemäß § 1672 BGB ergibt, gelten auch für Verfahren gemäß § 1632 und § 1634 BGB. Selbständige Verfahren werden durch die §§ 62o ff. nicht verdrängt.³⁾

Für die Zulässigkeit isolierter Verfahren zur Regelung des Umgangs spricht des weiteren, daß nur im isolierten Verfahren ein Rechtsmittel gegeben ist, während nach § 62o c auch ein stattgebender Beschluß nach § 62o S. 1 Nr. 2 unanfechtbar ist.⁴⁾

b) Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen während der Anhängigkeit einer Ehesache

Mit der Feststellung der Zulässigkeit eines parallel zur Ehesache betriebenen selbständigen Verfahrens in einer Familiensache gemäß § 621 Abs. 1 Nr. 1 - 3

1) BGH, NJW 1980, 454 = FamRZ 1980, 131; Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 1o

2) BGH, FamRZ 1982, 788 f = NJW 1982, 2561; Begr.RegE, BT-Drucks. 7/65o, S. 2o1

3) BGH, NJW 1980, 454 = FamRZ 1980, 131 f; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 722; Münder, in AK-BGB, § 634 Rz. 15; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 14 c; Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 1o; Baumbach/Lauterbach/Albers, Einf. zu §§ 62o - 62o g ZPO, Anm. A; Wieczorek, § 62o, Anm. A III a; a.A. OLG Karlsruhe, FamRZ 1982, 94

4) BGH, NJW 1980, 454 = FamRZ 1980, 131 f

ist die Frage noch nicht beantwortet, ob in diesem isolierten Verfahren eine vorläufige Anordnung ergehen darf. Während es bei der Frage der Zulässigkeit eines selbständigen Verfahrens darum ging, ob ein Hauptverfahren durch ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verdrängt wird, geht es bei der Zulässigkeit der vorläufigen Anordnung um das Verhältnis von zwei Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Die Argumente, die für eine Zulässigkeit des isolierten Hauptverfahrens gelten, treffen auf eine vorläufige Anordnung nicht zu. Die vorläufige Anordnung ergeht ebenso wie die einstweilige Anordnung gemäß § 620 aufgrund summarischer Prüfung; sie hat keinen endgültigen Charakter und ist wie diese nur mit geringem Bestandschutz versehen.

Zu untersuchen ist daher, ob eine vorläufige Anordnung durch die Möglichkeit oder jedenfalls durch die Existenz einer einstweiligen Anordnung nach § 620 ausgeschlossen wird.

aa) Verhältnis der vorläufigen Anordnung zum Verfahren nach §§ 620 ff.

Der Zulässigkeit einer vorläufigen Anordnung in einem parallel zur Ehesache betriebenen Verfahren könnte schon die gesetzlich geregelte Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 620 entgegenstehen. Dies ist streitig.

(1) Mindermeinung

Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß schon die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 620 die Möglichkeit des Erlasses einer einstwei-

ligen Verfügung gemäß §§ 935 ff. ausschließt. Eine einstweilige Verfügung ist nicht zulässig, sobald und solange eine Ehesache anhängig ist, in der eine einstweilige Anordnung nach § 620 ergehen kann.¹⁾ Hieraus folgert das OLG Bremen²⁾, daß nach Anhängigkeit der Ehesache ein mögliches einstweiliges Anordnungsverfahren nach §§ 620 ff. als Spezialregelung sämtliche anderen Eilverfahren, insbesondere auch eine vorläufige Anordnung im Rahmen eines isolierten FGG-Verfahrens nach § 1672 BGB verdrängt.³⁾

Das OLG Bremen stützt seine Auffassung ferner auf die Erwägung, daß für Eilmaßnahmen im FGG anders als in der ZPO kein besonderes Verfahren enthalten ist; die vorläufige Anordnung im Rahmen des Hauptsacheverfahrens sei von der Rechtsprechung geschaffen worden, weil dafür ein unabweisbares praktisches Bedürfnis bestanden habe. Mit dem 1.EheRG habe der Gesetzgeber nun auch für Verfahrensgegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb der Reichweite von § 620 ein besonders geregeltes Eilverfahren in Form der einstweiligen Anordnung zur Verfügung gestellt, so daß insoweit ein Konkurrenzverhältnis zwischen

1) BGH, FamRZ 1979, 472, 473 = NJW 1979, 1508; OLG Hamm, NJW 1982, 1108 = MDR 1981, 855; OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 188; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 619 f.; Hassold, FamRZ 1981, 1036; Baumbach/Lauterbach/Albers, Einf. vor §§ 620, Anm. 1; wobei streitig nur die Begründung ist, ob nämlich die §§ 620 ff. *leges speciales* gegenüber den §§ 935 ff. sind - so Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 5 - oder ob für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, so OLG Hamm, NJW 1978, 2515; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 1 b; Baur/Stürner, § 50 I 1 (S.356)

2) FamRZ 1982, 1033, 1034

3) ebenso OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 806 und OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 1044, die schon die Zulässigkeit des Hauptverfahrens verneinen; Baumbach/Lauterbach/Albers, 42.Aufl., Einf. vor §§ 620 ff., Anm. 1 A;

der von der Rechtsprechung geschaffenen Möglichkeit des Erlasses vorläufiger Anordnungen nach dem FGG und dem im Gesetz vorgesehenen einstweiligen Anordnungsverfahren nach §§ 620 ff. entstanden sei. Das gesetzliche Eilverfahren verdrängt nach Ansicht des OLG Bremen das nur auf überkommener Rechtsprechung beruhende Verfahren mit der Folge, daß ab Anhängigkeit der Ehesache vorläufige Regelungen zu den Tatbeständen des § 620 S.1 Nr.1 - 3 und 7 nur durch einstweilige Anordnung gemäß § 620, und nicht mehr im Rahmen eines isolierten FGG-Verfahrens erlassen werden können. Es sei ein allgemeiner Verfahrensgrundsatz, daß für vorläufigen Rechtsschutz nur ein Eilverfahren zur Verfügung stehen soll, und zwar das weniger aufwendige. Im Verhältnis zur vorläufigen Anordnung sei dies das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 620; dieses ermögliche wegen seiner weitgehenden Entscheidungskonzentration auf nur eine Instanz mit weniger Aufwand eine schnellere Eilregelung und damit den vorläufigen Rechtsschutz. Dieser Umstand sei für Eilverfahren entscheidend, weil diese ohnehin nicht zur endgültigen Regelung bestimmt und geeignet seien.

(2) Stellungnahme

Der Auffassung des OLG Bremen kann nicht gefolgt werden.

Der vom OLG Bremen angestellte Vergleich mit einstweiligen Verfügungsverfahren paßt nicht auf das Verfahren der vorläufigen Anordnung. Das Verhältnis der einstweiligen Anordnung nach § 620 zur einstweiligen Verfügung betrifft zwei Verfahren; denn das einstweilige Verfügungsverfahren gemäß

§ 935 ist ein selbständiges Verfahren. Demgegenüber ist das Verfahren der vorläufigen Anordnung kein selbständiges Verfahren. Hier geht es nur darum, ob innerhalb eines ohnehin anhängigen zulässigen Verfahrens eine Eilmaßnahme ergehen kann. Diese Verfahrenskonkurrenz besteht bereits in zulässiger Weise. Geht man davon aus, daß z.B. ein isoliertes Sorgerechtsverfahren neben einer Ehesache mit der Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung gemäß § 620 zulässig ist, so ist nicht einzusehen, warum innerhalb dieses isolierten Verfahrens eine an sich zulässige Eilmaßnahme nicht soll ergehen können. Der Grundsatz, daß unter mehreren prozessualen Verfahrensarten mit im wesentlichen gleichwertigem Verfahrensergebnis nur das einfachere, billigere, weniger aufwendigere zulässig ist, greift hier nicht ein, da das Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist und durch den Erlaß einer vorläufigen Anordnung kein weiteres Verfahren eingeleitet wird.

Entgegen der Ansicht des OLG Bremen spricht gegen die Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen in isolierten Verfahren, die parallel zum Eheverfahren betrieben werden, nicht das Ziel des Gesetzgebers der weitgehenden Entscheidungskonzentration auf nur eine Instanz. Gerade wenn einstweilige Anordnungen anders als vorläufige Anordnungen nur in eingeschränktem Umfang durch eine höhere Instanz überprüft werden können, spricht dies für die Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen; denn dann sind Rechtsschutz und Verfahrensergebnis nicht gleichwertig. Dieses Argument bestätigt also die Zulässigkeit der vorläufigen Anordnung.¹⁾

1) so auch Luthin, FamRZ 1983, 92

Das Argument, daß nach Anhängigkeit der Ehesache nur das damit befaßte FamG tätig werden soll, greift ebenfalls nicht, da dieses Gericht gemäß § 621 Abs. 2 auch für das isolierte Verfahren zuständig ist.¹⁾

Für eine Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes gerade im selbständigen Verfahren kann auch durchaus ein Bedürfnis bestehen, etwa dann, wenn sich Ehesache und die isolierte Familiensache nicht in derselben Instanz befinden. So kann sich z.B. in einem selbständigen Verfahren nach § 1672 BGB das Erfordernis einer vorläufigen Anordnung dann ergeben, wenn das Verfahren in der Beschwerdeinstanz beim OLG anhängig ist, während in der Ehesache die erste Instanz noch nicht abgeschlossen ist. Würden die §§ 620 ff. die Möglichkeit des Erlasses einer vorläufigen Anordnung in einem selbständigen Verfahren ausschließen, dann könnte das OLG eine derartige vorläufige Anordnung nicht erlassen; die Beteiligten wären auf einen Antrag nach § 620 beim Familiengericht angewiesen, auch wenn dieses mit dem Sachverhalt bislang nicht vertraut ist.

Es entspricht daher zu Recht der h.M., daß auch während der Anhängigkeit einer Ehesache in einem isolierten Sorgerechtsverfahren gemäß § 1672 BGB vorläufige Anordnungen als Eilmaßnahme ergehen können.²⁾

1) Zöller/Philippi, § 620 Anm. Rz. 24

2) OLG Hamm, FamRZ 1979, 1045 = FRES, Bd. 4, S.290; KG, FamRZ 1981, 83; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 91; OLG Schleswig, SchlHA 1980, 162; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 405; OLG Bamberg, FamRZ 1982, 722; OLG Bamberg, FamRZ 1983, 82; Liermann, in Rahm, VII Rz. 2; Palandt/Diederichsen, 41.Aufl., Einf. vor § 1564, Anm. 4 m ("Kein Vorrang des einstweiligen Anordnungsverfahrens"), derselbe, § 1672 Anm. 1; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 14 c; Zöller/Philippi, § 620, Rz.24; (Wahlrecht der beteiligten Eltern und des Richters bei Anordnungen von Amts wegen); so jetzt auch Baumbach/Lauterbach/Albers, Einf. vor § 620 ff. Anm. 1 A

Aus denselben Erwägungen sind auch vorläufige Anordnungen in isolierten Verfahren gemäß § 1634 und gemäß § 1632 BGB zulässig.¹⁾

Für die Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen in isolierten Umgangsrechtsverfahren spricht auch, daß in diesen Verfahren anders als nach § 620 S. 1 Nr. 2 Regelungen von Amts wegen möglich sind.²⁾ Die dem FamG eingeräumte Möglichkeit, den Umgang des Kindes auch von Amts wegen, etwa auf Anregung des Jugendamtes, zu regeln, ist Ausfluß des den Gerichten übertragenen staatlichen Wächteramtes gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.³⁾ Von diesen Aufgaben sind VormG und FamG nicht während der Dauer des Scheidungsverfahrens entbunden worden. Durch die Regelung in § 620, der eine Umgangsregelung nur auf Antrag zuläßt, wird das Regelungsbedürfnis in diesem Bereich nicht vollständig erfaßt, da einstweilige Anordnungen nach § 620 S. 1 Nr. 2 im Gegensatz zu vorläufigen Anordnungen in isolierten Umgangsrechtsverfahren nicht von Amts wegen ergehen können.

**bb) Möglichkeit der vorläufigen Anordnung bei
Existenz einer einstweiligen Anordnung nach
§ 620 ZPO**

Anders kann die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn in dem anhängigen Eheverfahren bereits eine einstweilige Anordnung über den Gegenstand des isolierten FGG-Familienverfahrens ergangen ist.

1) Luthin, FamRZ 1983, 92; Münder, in AK-BGB, § 1634 Rz. 15; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 722, 723; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 14 c; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 24

2) OLG Bremen, FamRZ 1982, 94

3) BVerfGE 24, 119, 138 = NJW 1968, 2233;
BVerfGE 31, 194, 204 f. = NJW 1971, 1447;
Diederichsen, NJW 1980, 1, 5

(1) Inhaltlich korrespondierende einstweilige Anordnung

Liegt bereits eine einstweilige Anordnung gemäß § 620 vor, die inhaltlich mit dem im Wege der vorläufigen Anordnung verfolgten Ziel korrespondiert, so kann die vorläufige Anordnung deswegen nicht erlassen werden, weil es an dem Merkmal des dringenden Bedürfnisses fehlt. Die vorläufige Anordnung ist von der Rechtsprechung geschaffen worden, um in besonderen Gefahrenlagen einem dringenden Bedürfnis auf umgehende gerichtliche Regelung zu entsprechen, wenn die Entscheidung in der Hauptsache noch nicht ergehen kann und möglicherweise zu spät käme.¹⁾ Diese Situation liegt nicht vor, wenn bereits eine vorläufige Regelung getroffen worden ist. In diesem Fall ist eine zusätzliche vorläufige Anordnung mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht zulässig.

(2) Abänderung der einstweiligen Anordnung durch eine vorläufige Anordnung

Fraglich ist, ob eine vorläufige Anordnung dann erlassen werden kann, wenn mit ihr eine der einstweiligen Anordnung inhaltlich widersprechende Regelung getroffen werden soll, etwa eine anderweitige Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts.

Gegen die Zulässigkeit einer vorläufigen Anordnung mit einem von einer einstweiligen Anordnung abweichenden Inhalt spricht zunächst, daß dann zwei einander widersprechende Anordnungen vorliegen. Zwar ist in § 620 f geregelt, daß die einstweilige Anordnung gemäß § 620 mit dem Wirksamwerden einer anderen Regelung außer Kraft tritt.

1) OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 405; s.o. S.18 ff.

Doch meint § 62o f mit der anderweitigen Regelung nicht eine vorläufige Anordnung in einem isolierten Verfahren. § 62o f soll nach seinem Grundgedanken einen regelungslosen Zustand verhindern, wenn die Ehesache vor der mit ihr zusammenhängenden Familiensache abgeschlossen wird, was auch in Verbundverfahren im Falle der Abtrennung nach § 628 Abs. 1 möglich ist.¹⁾ Gemeint ist in § 62o f also die Fallgestaltung, daß eine Entscheidung im Hauptverfahren ergeht und dadurch die einstweilige Anordnung außer Kraft tritt.

Entscheidend ist, daß für eine vorläufige Anordnung in einem isolierten Verfahren ein Rechtsschutzbedürfnis dann nicht besteht, wenn bereits eine einstweilige Anordnung über denselben Verfahrensgegenstand ergangen ist. Ist über einen Verfahrensgegenstand in einem gerichtlichen Verfahren entschieden, so besteht kein schutzwürdiges Interesse an einer Regelung in einem weiteren gerichtlichen Verfahren.²⁾

Mit der vorläufigen Anordnung im isolierten Verfahren wird im Ergebnis eine Abänderung der einstweiligen Anordnung nach § 62o erstrebt. Die Abänderung der einstweiligen Anordnung ist gesetzlich jedoch in § 62o b geregelt. Da die Verfahrens-

1) Stein/Jonas/Schlosser, § 62o f Rz. 3 ff;
Zöller/Philippi, § 62o f Rz. 1

2) Baumbach/Lauterbach/Albers, Grundz § 253,
Anm. 5 g; Zöller/Stephan, vor § 253 Rz. 18

beteiligten die Abänderungsmöglichkeit nach § 62o b und gegebenenfalls die Beschwerdemöglichkeit nach § 62o c haben, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für eine vorläufige Anordnung mit dem Ziel der Abänderung der einstweiligen Anordnung nach § 62o.¹⁾

Wären nach Erlaß einer einstweiligen Anordnung inhaltlich divergierende vorläufige Anordnungen zulässig, so würde das zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, da für die Beteiligten nur schwer erkennbar ist, welche vorläufige Regelung in welchem Verfahren dann maßgebend ist.

c) Zwischenergebnis

Vorläufige Anordnungen in selbständigen Familienrechtsverfahren des § 62l Satz 1 Nr. 1 - 3 sind auch während der Anhängigkeit eines Eheverfahrens möglich. Sie sind jedoch dann nicht mehr zulässig, wenn bereits eine einstweilige Anordnung nach § 62o ergangen ist.

1) a.A. jedoch ohne Begründung: Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 24

4. Vorläufiger Rechtsschutz in selbständigen
Verfahren nach einer familiengerichtlichen
Entscheidung gemäß §§ 1671, 1672 BGB

Entscheidungen des FamG in Kindschaftssachen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Eine Bindung an formell rechtskräftige Entscheidungen besteht grundsätzlich nicht.¹⁾

Kindschaftsrechtliche Verfahren kommen daher auch dann noch vor, wenn bereits eine Sorgerechtsentscheidung oder eine Entscheidung zur Regelung des Umgangsrechts sowie eine Herausgabeanordnung vorliegen.

a) Verfahren gemäß § 1696 BGB

Sorgerechtsentscheidungen können vom FamG jederzeit nach § 1696 BGB abgeändert werden, wenn das FamG das im Interesse des Kindes für angezeigt hält.²⁾

Das Verfahren gemäß § 1696 BGB ist bei Vorliegen der Voraussetzungen von Amts wegen einzuleiten, und zwar auch dann, wenn das Erstverfahren auf Antrag eines der Beteiligten durchgeführt worden war.³⁾

Es handelt sich dabei um ein neues, selbständiges Verfahren, nicht etwa um die Fortsetzung des bis-

1) RGZ 124, 322; KG, JFG 14, 286; Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 2; Böttcher, JZ 1956, 582; Jansen, § 18 FGG, Rz. 4 ff.; Palandt/Diederichsen, § 1696 Anm. 1; Erman/Ronke, § 1696 Rz. 1; Borgmann, FamRZ 1985, 336

2) Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 87; zu den auftretenden Kompetenzkonflikten zwischen FamG und VormG, vgl. Schlüter/König, FamRZ 1982, 1165 f.

3) Schneider, in Rahm, IV Rz. 23; zu den Voraussetzungen der Abänderung, vgl. OLG Hamburg, FamRZ 1982, 532; Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 30

herigen Verfahrens. Im Verfahren nach § 1696 BGB ist das FamG auch berechtigt, Entscheidungen höherer Instanzen abzuändern, wenn die Voraussetzungen für die seinerzeitige Anordnung weggefallen sind.¹⁾

Inhaltlich muß sich die Abänderungsentscheidung in dem durch §§ 1671, 1672 BGB bestimmten Rahmen halten.²⁾

b) Verfahren gemäß § 1632 und § 1634 BGB

Auch in diesem Verfahrensstadium sind Verfahren zur Regelung des Umgangs möglich, sei es, weil bisher hierüber eine gerichtliche Regelung nicht vorliegt - etwa weil sich die Eltern über die Ausübung des Umgangs einig waren -, sei es weil aus tatsächlichen Gründen eine andere als die bisherige Besuchsregelung erforderlich wird, etwa weil das Kind älter geworden oder ein Elternteil verzogen ist.

Ein Bedürfnis für Verfahren auf Herausgabe des Kindes ergibt sich dann, wenn noch keine Herausgabeanordnung zugunsten des sorgeberechtigten Elternteils vorliegt und der andere Elternteil ihm das Kind vorenthält, sowie im Zusammenhang mit einer Abänderung der Sorgerechtsregelung.

1) Palandt/Diederichsen, § 1696, Anm. 1; Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 14, 31; zur Abgrenzung zu einer Abänderung nach § 18 Abs. 1 FGG, vgl. Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 14

2) Schlüter/König, FamRZ 1982, 1165 m.w.N. in FN 64 zum alten und neuen Recht.

c) Möglichkeiten einer vorläufigen Anordnung

Auch im Abänderungsverfahren gemäß § 1696 BGB sind vorläufige Anordnungen möglich, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, wenn also ein dringendes Bedürfnis für eine sofortige Änderung der bisherigen Regelung besteht und genügend tatsächliche Grundlagen für eine Änderungsentscheidung glaubhaft gemacht sind.¹⁾

An die Glaubhaftmachung sind besondere Anforderungen zu stellen, da das Abänderungsverfahren nicht dazu mißbraucht werden darf, das frühere Verfahren ohne Änderung der tatsächlichen Verhältnisse wieder aufzurollen.²⁾

5. Rechtsmittel gegen vorläufige Anordnung in kindschaftsrechtlichen Verfahren

Wegen der faktisch präjudiziellen Wirkung ist es für den von einer vorläufigen Anordnung Betroffenen von großer Bedeutung, ob die Anordnung der Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht unterliegt.

Das Rechtsmittel des FGG ist die Beschwerde.³⁾

1) BayObLGZ 61, 262 = FamRZ 1962, 34; Palandt/Diederichsen, § 1696 Anm. 3; Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 33

2) BayObLG, NJW 1964, 2306; KG, FamRZ 1967, 411; Palandt/Diederichsen, § 1696 Anm. 2; zu den Voraussetzungen einer Änderung vgl. im einzelnen Staudinger/Göppinger, § 1696 Rz. 4 ff.

3) Schlegelberger, vor §§ 19 - 30, Rz. 3; Bumiller/Winkler, § 19 Anm. 1; Auerbach, FG, S. 39

Die Beschwerde kommt entweder als einfache (fristlose) oder als sofortige, an eine Frist gebundene Beschwerde vor.¹⁾

Es ist daher zu untersuchen, ob gegen die vorläufige Anordnung eine Beschwerde, und zwar eine einfache oder sofortige, zulässig ist.

a) Zulässigkeit der Beschwerde

Die Frage, ob gegen vorläufige Anordnungen ein Rechtsmittel statthaft ist, wird seit Inkrafttreten des 1.EheRG unterschiedlich beantwortet.

aa) Rechtspraxis nach altem Recht

Bis zum Inkrafttreten des 1.EheRG war es einhellige Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, daß vorläufige Anordnungen mit der einfachen Beschwerde nach § 19 FGG und der weiteren Beschwerde nach § 27 FGG angefochten werden konnten, wenn und soweit die Anordnung geeignet war, Rechte der Beteiligten zu beeinträchtigen.²⁾

bb) Meinungsstand seit dem 1.7.1977

Seit dem 1.7.1977 bestimmt § 621 e Abs. 1, daß "gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Endent-

1) Schlegelberger, vor §§ 19 - 30, Rz. 4

2) BayObLGZ 54, 120, 122; KG OLGZ 1972, 88, 89; KGJ 45 A, S. 29; OLG Zweibrücken, FamRZ 1973, 315; OLG Hamm, OLGZ 72, 382 f = FamRZ 1972, 520; OLG München, JFG 1914, 231; Schlegelberger, § 19 Rz. 8; Bärmann, § 28 I 3 d (S. 182 f); Pikart/Henn, S. 109; Baur, § 29 A II 2 a dd (s. 314 f); Jansen, § 19 FGG Rz. 28; Göppinger, AcP 169, 513, 534 f

scheidungen des § 621 Abs. 1 Nr. 1 - 3, 6, 7, 9" die Beschwerde stattfindet. Hieraus hat sich der Streit entwickelt, ob auch solche Entscheidungen, wie z.B. vorläufige Anordnungen, die keine Endentscheidung darstellen, anfechtbar sind.

Einige Gerichte und ein Teil des Schrifttums halten vorläufige Anordnungen für grundsätzlich unanfechtbar.¹⁾

Diese Meinung wird damit begründet, daß sich aus § 621 e Abs. 1 der Wille des Gesetzgebers ergebe, Beschwerden nur gegen Endentscheidungen zuzulassen.

Da eine Beschwerde gegen Verfügungen des FamG in FGG-Sachen schon durch § 19 Abs. 1 FGG ermöglicht werde, könne § 621 e Abs. 1 nur den Sinn haben, Rechtsmittel gegen Zwischenentscheidungen und somit gegen vorläufige Anordnungen auszuschließen.²⁾

Eine andere Meinung geht zwar davon aus, daß eine Anfechtbarkeit von vorläufigen Anordnungen nicht durch § 621 e ausgeschlossen wird, jedoch seien auf vorläufige Anordnungen in selbständigen Verfahren die §§ 620 b Abs. 2, 620 c entsprechend anwendbar, so daß danach die Anfechtbarkeit stark

1) KG (15. ZS) FamRZ 1978, 57; OLG Stuttgart (17. ZS) FamRZ 1977, 750 und 826; 1978, 443; (15. ZS), FamRZ 1977, 827; NJW 1978, 173; OLG Bamberg, FamRZ 1978, 731; Brüggemann, FamRZ 1977, 1, 20; Stein/Jonas/Schlosser, § 621 e Rz. 1, Fn 1; Thomas/Putzo, 9. Aufl., § 621 e Anm. 1; Wieczorek, § 621 a Anm. A III a; Kissel, Bd. 2, S. 210; wohl auch Ambrock, § 621 e ZPO, Anm. 1; Habscheid, § 50 I 2 (S.254)

2) Otto, FamRZ 1977, 836; Brüggemann, FamRZ 1977, 1 20

eingeschränkt sei.¹⁾ Die Erwägungen des Gesetzgebers, die Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen in Ehesachen nur in beschränktem Umfang zuzulassen, gelten nach dieser Ansicht auch für vorläufige Anordnungen in isolierten Verfahren. Die Gleichheit der Interessenlage erfordere es, vorläufige Anordnungen im Wege der Analogie den Vorschriften der §§ 620 ff. zu unterwerfen.²⁾ Da danach die Vorschrift des § 620 c lex specialis gegenüber § 19 FGG sei, sind nach dieser Ansicht vorläufige Anordnungen nur in den in § 620 c genannten Fällen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar.³⁾

Nicht ganz so weit geht das OLG Celle⁴⁾, das den Grundgedanken des § 620 c auf vorläufige Anordnungen ausdehnt und diese Bestimmung nur zur Entscheidung der grundsätzlichen Anfechtbarkeit heranzieht, dann aber als zulässiges Rechtsmittel die einfache Beschwerde gemäß § 19 FGG ansieht.⁵⁾

In Rechtsprechung und Schrifttum dominiert auch seit Inkrafttreten des 1.EheRG die Ansicht, nach der durch das 1.EheRG die Möglichkeit, vorläufige Anordnungen mit der einfachen, unbefristeten Be-

1) OLG Celle, FamRZ 1978, 140; OLG Düsseldorf (2.FamS), FamRZ 1977, 825; OLG Köln (21. ZS), FamRZ 1978, 530; OLG Stuttgart (16. ZS), NJW 1978, 279 = FamRZ 1978, 141; (15. ZS), FamRZ 1978, 57

2) OLG Köln, FamRZ 1978, 530, 532; OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825 f; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 141 = NJW 1978, 279 f

3) OLG Köln, FamRZ 1978, 530, 532; OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825 f

4) FamRZ 1978, 140 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung

5) So wohl auch OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 57

schwerde gemäß § 19 FGG anzufechten, nicht geändert worden ist. Die einzige Änderung gelte für den Rechtsmittelzug, da nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG für die Beschwerde das OLG und nicht nach § 19 Abs. 2 FGG das Landgericht zuständig sei.¹⁾

Nachdem sich der BGH in einem ausführlich begründeten Beschluß vom 27.9.1978²⁾ dieser Auffassung angeschlossen hat, sind anderslautende Entscheidungen und Auffassungen - soweit ersichtlich - nicht mehr bekannt geworden und hat sich diese Ansicht allgemein durchgesetzt.³⁾

1) OLG Hamm, FamRZ 1977, 744 m.Anm. Sedemund-Treiber; OLG München, FamRZ 1977, 749; KG (13. ZS) FamRZ 1978, 269; (18. ZS) FamRZ 1979, 859; (15. ZS) FamRZ 1978, 832 unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in FamRZ 1978, 57; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 141; OLG Hamm (1. FamS) FamRZ 1978, 441; 1978, 361 f; (2. FamS) Beschluß vom 7.3.1978 - 2 WF 31/78 - und vom 12.10.1978 - 2 WF 497/78 -; (6. FamS) FamRZ 1979, 177; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 270 = NJW 1978, 549; OLG Köln (4. ZS) FamRZ 1978, 533; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 103; OLG Bremen, FamRZ 1979, 856; OLG Koblenz, FamRZ 1979, 47; Bassenge/Herbst, § 64 a Anm. IV 1 c aa; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 621 a ZPO Rz. 26, § 621 e ZPO Rz. 17; Klein, NJW 1977, 2345; Parche, NJW 1979, 139, 144

2) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1978, 39

3) BGH, NJW 1979, 820 = FamRZ 1979, 224 = RPfleger 1979, 133 = MDR 1979, 387; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 1040; Walter, FamRZ 1979, 667 f = Neuer Prozeß, S. 125 f; derselbe in JZ 1983, 476, 482; Stollenwerk, in Rahm, VI, Rz. 64; Baumbach/Albers, 43. Aufl., § 621 e Anm. 1 A, 5 c; Hinz, in MünchKomm, ErgBd., § 1672 Rz. 18 (der unklar nur von einer "Entscheidung nach § 1672" spricht); Soergel/Lange, § 1632 Rz. 20; 1634, Rz. 35, anders aber § 1672 Rz. 12; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 21 h; Rolland, § 621 e ZPO Rz. 6 a; Palandt/Diederichsen, § 1632 Anm. 2 b, ee; § 1634 Anm. 4 e; Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 40; Friederici, S. 107; Baumgärtel, JZ 1979, 274; Thomas/Putzo, 13. Aufl., § 621 e Anm. 1 b; Zöller/Philippi, § 621 a Rz. 27

cc) Stellungnahme

Die Begründung der h.M. ist überzeugend. Mit der h.M. ist davon auszugehen, daß gegen vorläufige Anordnungen die einfache Beschwerde gemäß § 19 FGG zulässig ist.

Ein Ausschluß der Anfechtbarkeit könnte sich nur dann ergeben, wenn durch § 621 a Abs. 1 die Anwendbarkeit von § 19 FGG ausgeschlossen wäre. Das ist nicht der Fall. § 19 FGG ist in § 621 a Abs.1 S. 2 nicht erwähnt; aus der ZPO oder dem GVG ergibt sich gegenüber § 19 FGG nichts Besonderes, insbesondere auch nicht aus § 621 e.

(1) Bedeutung des § 621 e ZPO

Der Wortlaut des § 621 e bestimmt nicht ausdrücklich daß eine Beschwerde "nur" gegen Endentscheidungen stattfinden soll. Das Wort "nur" fehlt gerade und muß erst in den Gesetzestext hineininterpretiert werden.

Wollte man die Anfechtbarkeit vorläufiger Anordnungen im Wege des Umkehrschlusses ausschließen, so wäre das nur möglich, wenn ein entsprechender Wille des Gesetzgebers aus dem Gesetzeswortlaut bzw. den Materialien ersichtlich ist oder wenn die Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit nach dem Zweck der Gesamtregelung zwingend geboten erscheint.¹⁾

1) Larenz, ML, S. 374 f

Ein derartiger Wille des Gesetzgebers läßt sich nicht feststellen. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es:

"b) Befristete Beschwerde

Für die Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird die in diesem Verfahren sonst mögliche Beschwerde und weitere Beschwerde (§§ 19, 27 FGG) für das Verfahren vor dem Familiengericht durch eine besondere Form der Beschwerde und weiteren Beschwerde ersetzt...

c) Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen
Für Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen des Familiengerichts gelten keine Besonderheiten. Der Rechtsmittelzug folgt dem gegen Endentscheidungen. Für die Art des Rechtsmittels bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften."1)

Auch wenn vorläufige Anordnungen nicht zu den Nebenentscheidungen gehören, sondern Zwischenentscheidungen darstellen,²⁾ läßt sich dieser Begründung jedenfalls entnehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Rechtsmittel nicht nur gegen Endentscheidungen zulässig sein sollen.³⁾

Die Bedeutung der Vorschrift des § 621 e Abs.1 und 3 liegt ausschließlich darin, daß durch diese Vorschrift die Beschwerde gegen die dort genannten Endentscheidungen berufungsähnlich ausgestaltet worden ist, um sie der Berufung gegen Endurteile in Ehesachen und anderen zivilprozessualen Familiensachen zum Zwecke der Vereinheitlichung des Rechtsmittelverfahrens in Familiensachen möglichst anzugleichen.⁴⁾

1) BT-Drucks. 7/650 S. 85

2) Bassenge/Herbst, Einl. V 2; Otto, FamRZ 1977, 836; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 141, 142; OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 825

3) OLG München, FamRZ 1977, 749, 750

4) Begr.RegE, BT-Drucks. 7/650, S. 205 f; 2.Bericht des Rechtsausschusses zum RegE, BT-Drucks. 7/4361, S. 67; BGHZ 72, 169; FamRZ 1979, 244 = NJW 1979, 820

(2) Vergleich mit anderen Vorschriften

Daß der Gesetzgeber mit § 621 e die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheidungen und somit von vorläufigen Anordnungen nicht ausschließen wollte, zeigt ein Vergleich mit anderen Vorschriften. In §§ 127 a Abs. 2, 621 f Abs. 2 S. 1 hat der Gesetzgeber die Anfechtung einer einstweiligen Anordnung ausdrücklich ausgeschlossen. Dieser ausdrückliche Ausschluß der Anfechtbarkeit wäre jedoch unverständlich und überflüssig, wenn der Gesetzgeber ohnehin durch § 621 e die Anfechtbarkeit von vorläufigen Anordnungen ausgeschlossen hätte.¹⁾

(3) Wertung des Gesetzgebers

Der völlige Ausschluß der Anfechtbarkeit widerspräche auch der Wertung des Gesetzgebers, wie sie in § 620 c zum Ausdruck gekommen ist. Obwohl der Gesetzgeber eine Einschränkung der Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen in Ehesachen für erforderlich hielt, um Verfahrensverzögerungen zu vermeiden, ist in § 620 c die Anfechtbarkeit von Anordnungen nach § 620 S.1 Nr.1 und Nr. 3 zugelassen worden.²⁾ In diesen Fällen besteht für eine Anfechtung ein besonderes Bedürfnis, da mit einer einstweiligen Anordnung in Sorgerechtsangelegenheiten und auf Herausgabe eines Kindes sehr leicht endgültige Verhältnisse geschaffen werden können.³⁾

Die Interessenlage ist aber identisch, wenn die vorläufige Regelung nicht im Eheverfahren, sondern in einem selbständigen Verfahren erfolgt. Daher ist der völlige Ausschluß der Anfechtbarkeit nicht

1) BGHZ 72, 169; OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 746; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 270 = NJW 1978, 549

2) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

3) Begr.RegE., BT-Drucks. 7/650, S. 201

gerechtfertigt.¹⁾

(4) Analoge Anwendung des § 62o c ZPO

Die Anfechtbarkeit vorläufiger Anordnungen ist auch nicht in entsprechender Anwendung von § 62o c zu beschränken.

(a) Gesetzeslücke

Eine analoge Anwendung von gesetzlichen Vorschriften auf einen anderen Sachverhalt ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine Regelungslücke besteht.²⁾ Eine solche Regelungslücke liegt nicht vor, denn die Anfechtung von Verfügungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in §§ 19 ff. FGG geregelt. § 19 FGG erfaßt jede Art der gerichtlichen Verfügung, auch die im Gesetz selbst nicht normierte vorläufige Anordnung.³⁾

(b) Teleologische Reduktion

Eine analoge Anwendung des § 62o c käme allerdings dennoch in Betracht, wenn die sich aus § 19 Abs.1 FGG ergebende uneingeschränkte Zulassung der unbefristeten Beschwerde für den Bereich der vorläufigen Anordnungen in Familiensachen zu weit ginge und im Wege der teleologischen Reduktion eingeschränkt werden müßte.

1) BGHZ 72,169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39; Leipold, S. 1o ff.; OLG München, FamRZ 1977, 749, 75o

2) Larenz, ML, S. 355

3) BGHZ 72, 169; Unger, ZZP 36, 1, 64 f. und 7o ff.; Bumiller/Winkler, § 19 FGG Anm. 2; Schlegelberger, § 19 FGG Rz. 1; Dudek/Ebert, § 19 FGG Anm. 2 b, c; Jansen, § 19 FGG, Rz. 22 ff. (28); Simeon/David, § 29, 2

Gegen diese Ansicht, die insbesondere vom OLG Stuttgart¹⁾ vertreten wird, spricht die unterschiedliche Interessenlage im Eheverfahren einerseits und im selbständigen Verfahren andererseits. Die Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit in § 620 c dient vornehmlich dem Zweck, das Hauptverfahren, d.h. die Ehesache, vor Störungen und Verzögerungen zu bewahren, die durch die Nebenverfahren hervorgerufen werden können. Diese Gefahr ist im Eheverfahren besonders groß, weil nach § 620 zu vielen Lebensbereichen einstweilige Anordnungen beantragt werden können. Wären hier jeweils Rechtsmittel möglich, würde dies zu einer unübersehbaren Verzögerung führen.²⁾

Anders als in Eheprozessen kommen in einer isolierten FGG-Familiensache vorläufige Anordnungen nur zu dem jeweiligen Verfahrensgegenstand des Hauptverfahrens in Betracht, so daß sich eine erheblich geringere Zahl von vorläufigen Anordnungen ergibt. Die Anfechtbarkeit vorläufiger Anordnungen begründet somit nicht die Gefahr einer Vielzahl von Beschwerdeverfahren. Daher treffen die Erwägungen für eine Einschränkung der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen in Ehesachen auf vorläufige Anordnungen in selbständigen Familiensachen nicht zu.³⁾

(5) Verhältnis der unbefristeten zur befristeten Beschwerde

Die Zulässigkeit einer unbefristeten Beschwerde gegen vorläufige Anordnungen mutet auf den ersten Blick erstaunlich an, da gegen Endentscheidungen die berufsähnlich ausgestaltete befristete Beschwerde gemäß § 621 e Abs. 1, 3 gegeben ist.

1) FamRZ 1978, 141 = NJW 1978, 279

2) Begr.RegE., BT-Drucks. 7/650, S. 200

3) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

Die Gefahr; daß gegen eine vorläufige Anordnung noch ein Rechtsmittel eingelegt werden kann, während eine zwischenzeitlich ergangene Entscheidung in der Hauptsache unanfechtbar geworden ist, besteht jedoch nicht. Es ist bereits dargelegt worden, daß die vorläufige Anordnung mit dem Wirksamwerden der Hauptsacheentscheidung ihre Wirkung verliert.

Nach § 16 Abs. 1 FGG wird die Hauptsacheentscheidung mit ihrer Bekanntmachung wirksam.¹⁾ Ein Beschwerdeverfahren bezüglich der vorläufigen Anordnung ist dann nicht mehr möglich; ein bereits anhängiges Beschwerdeverfahren ist mit dem Erlaß der Hauptsacheentscheidung erledigt.²⁾

Auch vor Inkrafttreten des 1.EheRG war allgemein anerkannt, daß der Zulässigkeit der unbefristeten Beschwerde gegen vorläufige Anordnungen nicht entgegenstand, daß gegen die Endentscheidung nur eine befristete Beschwerde gegeben war.³⁾

dd) Zwischenergebnis

Somit ist gegen vorläufige Anordnungen die unbefristete Beschwerde gemäß § 19 FGG zulässig. Zuständiges Gericht ist gemäß § 119 Abs.1 Nr.2 GVG das OLG; insoweit wird § 19 Abs. 2 FGG verdrängt.

1) OLG Bremen, FamRZ 1979, 343; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 17 c

2) OLG Köln, FamRZ 1978, 533, 534; OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 746; 1980, 1155; KG OLGZ 65, 233 = FamRZ 1965, 571; Jansen, § 19 Anm.28; Rolland, § 621 e ZPO Rz. 6 c

3) BGHZ 25, 163, 166 = NJW 1957, 1473 = FamRZ 1957, 360 f; BayObLGZ 66, 370; KG, FamRZ 1957, 185; OLGZ 65, 233 = FamRZ 1965, 571 f; Bumiller/Winkler, § 19 Anm. 2 a bb; Jansen, § 19 Anm.1 A

b) Zulässigkeit der weiteren Beschwerde

Das FGG kennt gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde, § 27 FGG. In Verfahren betreffend eine vorläufige Anordnung wäre eine weitere Beschwerde dann zulässig, wenn die Vorschriften des FGG nicht durch andere Bestimmungen verdrängt werden, § 621 a Abs. 1 S. 1.

Nach § 28 Abs. 1 FGG ist das OLG Gericht der weiteren Beschwerde. § 28 Abs. 1 FGG baut auf § 19 Abs. 2 FGG auf. § 19 Abs. 2 FGG wird jedoch durch § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG verdrängt, wonach das OLG bereits für die Beschwerde zuständig ist. Als Gericht der weiteren Beschwerde käme daher nur der BGH gemäß § 133 Nr. 2 GVG in Betracht.

aa) Begrenzung des Rechtsmittelzuges durch § 133 Nr. 2 GVG

Nach § 133 Nr. 2 GVG ist der BGH u.a. zuständig für Beschwerden gegen Entscheidungen der OLGe in Fällen des § 621 e Abs. 2. Da § 621 e Abs. 2 nur für Entscheidungen über eine Beschwerde gegen eine "Endentscheidung" nach § 621 e Abs. 1 gilt, ist danach eine Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nur gegen Beschwerdeentscheidungen über Endentscheidungen eröffnet; denn § 133 Nr. 2 GVG zählt die Angelegenheiten, in denen gegen Entscheidungen des OLG Beschwerde oder weitere Beschwerde eingelegt werden kann, erschöpfend auf.¹⁾

1) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1973, 39, 41; FamRZ 1979, 696; FamRZ 1979, 224 = NJW 1979, 820; Zöller/Philippi, § 621 a Rz. 46; Rolland, § 621 e Rz. 7; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 e Anm. 3 A; Walter, Der Prozeß, S. 131, 153; a.A. ohne Begründung, OLG Köln, FamRZ 1978, 533

bb) Analoge Anwendung des § 133 Nr. 2 GVG

Bastian¹⁾ vertritt die Auffassung, daß für die Anfechtung von Entscheidungen des Beschwerdegerichts über Zwischenverfügungen des Erstgerichts weiterhin die unbefristete weitere Beschwerde nach § 27 FGG gegeben sei, über die der BGH in analoger Anwendung des § 133 Nr. 2 GVG zu entscheiden habe.

Für eine Zulassung der weiteren Beschwerde in analoger Anwendung des § 133 Nr. 2 GVG besteht jedoch kein Bedürfnis; eine solche Zulassung würde den Intentionen des Gesetzgebers widersprechen. Der Gesetzgeber hat den Rechtsmittelzug in Familiensachen möglichst einheitlich ausgestalten wollen.²⁾ In zivilprozessualen Familiensachen ist nach § 621 d in Verbindung mit § 511 der Zugang zum BGH nur für den Fall eröffnet, daß das Gericht erster Instanz eine Endentscheidung getroffen hat. Hinsichtlich erstinstanzlicher Zwischenentscheidungen findet eine weitere Beschwerde nicht statt, §§ 567 Abs. 3 S. 1, 568 Abs. 2, 568 a. Die vom Gesetzgeber bezweckte einheitliche Ausgestaltung des Rechtsmittelzuges würde durchbrochen, wenn nun gegen Zwischenentscheidungen in FGG-Familiensachen eine weitere Beschwerde zulässig wäre.

Gegen die Zulassung der weiteren Beschwerde spricht auch ein Vergleich mit zivilprozessualen Verfahren, die nur eine einstweilige Regelung zum Gegenstand

1) in Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 621 e Anm. 29 und § 621 a Anm. 26

2) Begr.RegE, BT-Drucks. 7/650, S. 82, 83, 205;
2. Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks.
7/4361, S. 66, 67; BGHZ 72, 169

haben. So ist durch § 545 Abs. 2 in Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren der Zugang zum BGH schlechthin ausgeschlossen.¹⁾

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Zugang zum BGH nur insoweit eröffnet werden, als hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht.²⁾ Ein solches Bedürfnis besteht aber nur für Endentscheidungen, nicht aber für vorläufige Anordnungen, mit denen nur eine Übergangsregelung getroffen wird.³⁾

c) Rechtsmittel gegen erstmalige einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichts

Nach § 24 Abs. 3 FGG ist das Beschwerdegericht befugt, auch ohne Antrag eine eigene einstweilige Anordnung zu erlassen. Insoweit war vor Inkrafttreten des 1.EheRG allgemein anerkannt, daß weder der Erlaß, noch die Ablehnung der einstweiligen Anordnung des Beschwerdegerichts anfechtbar waren.⁴⁾

Der Grund für die Unanfechtbarkeit wurde dem Zweck der einstweiligen Anordnung entnommen, für die Dauer des Beschwerdeverfahrens einen gesicherten rechtlich geordneten Zustand zu schaffen. Wären die Beteiligten in der Lage, auch über die Art der Regelung dieses Zwischenzustandes eine höhere

1) BGHZ 72, 169; LM Nr. 19 zu § 545 ZPO = BGH NJW 1968, 699 f; FamRZ 1984, 877, Stein/Jonas/Grunsky, § 545 Rz. 2

2) Begr.RegE., BT-Drucks. 7/650, S. 83

3) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

4) BGHZ 39, 162, 168 f = NJW 1963, 130; KG JFG 19, 35; KG J 23, A, 1; BayObLGZ 1951, 648; 1961, 166; OLG Köln, MDR 1960, 683; Jansen, § 24 Rz. 13; Ebert/Dudek/Lindemann, § 24 Anm. 2; Wellstein, § 24 Anm. 3; Keidel/Winkler, 10. Aufl., § 24 Rz. 18; Schlegelberger, § 24 Rz. 11

Instanz anzurufen, würden Ungewißheit und Unsicherheit andauern, was aber gerade vermieden werden soll.¹⁾

Nach geltendem Recht folgt die Unanfechtbarkeit der einstweiligen Anordnung nach § 24 Abs. 3 FGG des weiteren aus den Erwägungen gegen eine Zulässigkeit der weiteren Beschwerde in Verfahren der vorläufigen Anordnung. In Familiensachen ist nach der abschließenden Regelung in § 133 Nr. 2 GVG die Anrufung des BGH nur gegen Endentscheidungen unter den Voraussetzungen des § 621 e Abs. 2 zulässig.²⁾

Eine Anfechtung der einstweiligen Anordnung nach § 24 Abs. 3 FGG ist daher nicht möglich, ebenso wenig gibt es ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung.³⁾

d) Abhilfe gemäß § 18 Abs. 1 FGG

Vor der Überprüfung einer vorläufigen Anordnung durch ein übergeordnetes Gericht stellt sich die Frage, ob nicht das Gericht, welches die Anordnung erlassen hat, diese selbst nach § 18 Abs.1 FGG abändern und somit der Beschwerde abhelfen kann. Nach § 18 FGG ist das Gericht berechtigt, eine von ihm erlassene Verfügung zu ändern, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt hält.⁴⁾ Die Anwendung dieser Vorschrift kommt auch bei Einlegung einer Beschwerde in Betracht; denn Ab-

1) Schlegelberger a.a.O.; Jansen a.a.O.; dazu auch OLG Bremen, FamRZ 1978, 805

2) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

3) Keidel/Kuntze/Winkler, § 24 Rz. 18

4) Auerbach, FG, S. 42

hilfe ist nichts anderes als eine Abänderung angeregt durch die Einlegung der Beschwerde.¹⁾

aa) Anwendbarkeit auf Familiensachen

Die Vorschrift des § 18 FGG ist durch § 621 a Abs. 1 S. 2 nicht ausdrücklich ausgeschlossen, so daß § 18 FGG auch in selbständigen Familienverfahren des FGG anzuwenden ist, sofern nicht Sondervorschriften vorgehen.²⁾

Anderer Auffassung ist Brüggemann³⁾, der § 18 FGG nicht für anwendbar hält, weil das Gesetz für auf längere Dauer angelegte Regelungen jeweils besondere Vorschriften enthalte, so §§ 1696, 1587 d Abs.2, 1382 Abs. 6 BGB, während für andere, eine endgültige Regelung betreffende Entscheidungen § 577 Abs. 3 entgegenstehe.⁴⁾

Ein genereller Ausschluß der Anwendbarkeit des § 18 FGG läßt sich § 621 a Abs. 1 nicht entnehmen. Soweit Sondervorschriften bestehen (z.B. § 1696 BGB), führen diese als *leges speciales* lediglich im Umfang ihres Anwendungsbereiches zu einer Verdrängung der allgemeinen Vorschriften des § 18 FGG. Der Hinweis auf § 577 Abs. 3 führt zu keiner anderen Beurteilung; denn die Regelung in § 577 Abs. 3 korrespondiert mit § 18 Abs.2 FGG.

1) Baur, FS Bosch, S. 27, 32

2) Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 a, Anm.3 B b; Wieczorek, § 621 a, Anm. A III; Zöller/Philippi, § 621 a, Rz. 26; Stein/Jonas/Schlösser, § 621 a, Rz. 2, 3; Keidel/Kuntze/Winkler, § 18, Rz. 69, 74; Ambrock, § 621 a ZPO, Anm.III

3) FamRZ 1977, 1, 20

4) ebenso Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 621 a Rz. 27 und § 621 e Rz. 15

Durch § 621 e und den Verweis auf § 577 Abs. 3 ist die befristete Beschwerde gegen Endentscheidungen der sofortigen Beschwerde gleichgestellt, so daß insoweit eine Abhilfe ausgeschlossen ist. Gegen vorläufige Anordnungen findet jedoch die unbefristete Beschwerde statt; daher wird § 18 Abs. 1 FGG nicht verdrängt. Das Gericht ist somit zu einer Abänderung der von ihm erlassenen Entscheidung nach § 18 Abs. 1 FGG befugt. Die Abhilfebefugnis des Gerichts der ersten Instanz ist daher zu Recht in der Rechtsprechung bezüglich vorläufiger Anordnungen allgemein als selbstverständlich ohne weitere Begründung anerkannt.¹⁾

bb) Voraussetzungen der Abhilfe

In einem Beschwerdeantrag ist regelmäßig auch ein Antrag auf Abänderung gemäß § 18 Abs. 1 FGG zu sehen. Die Beschwerde gibt dem unteren Gericht Veranlassung, seine Entscheidung nachzuprüfen, gegebenenfalls zu ändern und so die Beschwerde gegenstandslos zu machen.²⁾

Hält das Gericht erster Instanz die Beschwerde für begründet, so hat das Gericht ihr selbst abzuhelpen.³⁾

Da diese Möglichkeit der Beschwerdeentscheidung vorgeht, muß das Beschwerdegericht, wenn eine Beschwerde dort eingelegt wird, die Akten zunächst dem Erstgericht zur Überprüfung der Abhilmöglichkeit vorlegen.

1) BGHZ 72, 169 = NJW 1979, 39 = FamRZ 78, 886 = MDR 1979, 213; OLG Hamm, FamRZ 1977, 744, 746; Dölle, § 97 IX 7 b (Bd 2 S. 307)

2) Habscheid, § 33 I 1 (S. 187); Baur, FS Bosch, S. 27, 32; Schlegelberger, § 18 Rz. 6

3) Auerbach, FG, S 42; Jansen, § 18 Rz. 7

III. Vorläufiger Rechtsschutz in Versorgungs- ausgleichsverfahren

1. Möglichkeiten eines selbständigen Verfahrens

Verfahren über den Versorgungsausgleich werden in der Regel nicht selbständig betrieben; denn nach § 623 Abs. 3 ist in den Fällen des § 1587 b BGB das Versorgungsausgleichsverfahren im Falle eines Scheidungsverfahrens von Amts wegen einzuleiten und im Verbund mit dem Scheidungsverfahren zu führen.¹⁾

Das Verfahren bleibt auch dann Folgesache, wenn es gemäß § 628 abgetrennt oder als Teil des Verbundurteils isoliert angefochten wird.²⁾

Zu einem selbständigen, isolierten Verfahren über den Versorgungsausgleich kommt es daher nur in Fällen, wenn die Ehe, für die der Ausgleich vorzunehmen ist, im Ausland geschieden oder wenn sie aufgehoben (§§ 28 ff. EheG) oder für nichtig erklärt (§ 16 EheG) worden ist. Selbständig werden auch die Verfahren des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs gemäß §§ 1587 ff. BGB betrieben; auch die Anträge gemäß § 1587 d BGB auf Ruhen der Verpflichtung zur Beitragsentrichtung oder auf Ratenzahlung können in einem isolierten Verfahren verfolgt werden.³⁾

1) BGH, FamRZ 1983, 44, 46 = NJW 1983, 173 = MDR 1983, 116

2) BGH, FamRZ 1981, 24 = NJW 1981, 233; Zöllner/Philippi, § 628 Rz. 19; OLG Hamm, FamRZ 1979, 725 = NJW 1979, 769; Göppinger, Vereinbarungen, Rz. 395

3) BGHZ 81, 152, 187; Palandt/Diederichsen, § 1587 d Anm. 2 b; Ruland/Thiemann, Versorgungsausgleich in der Praxis, Rz. 442; Schwab, Rz. 634 f

Der Auskunftsanspruch nach § 1587 e BGB soll die Durchführung des Versorgungsausgleichs vorbereiten und betrifft als vorbereitender Nebenanspruch die Regelung über den Versorgungsausgleich. Das hat zur Folge, daß für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs die Verfahrensvorschriften anzuwenden sind, die das Gesetz über den Hauptanspruch vorgeschrieben hat, also die Vorschriften des FGG.¹⁾

Anderer Ansicht ist, soweit ersichtlich, nur Bastian²⁾, der seine Ansicht damit begründet, daß dieser Auskunftsanspruch nicht dem Familiengericht zugewiesen sei und daher nicht dem FGG, sondern der ZPO unterliege. Bastian kommt jedoch zum selben Ergebnis wie die völlig herrschende Meinung, da er § 621 Abs. 1 ZPO und § 23 b Abs. 1 S. 2 Nr. 7 GVG analog anwenden will.

Der Auskunftsanspruch kann in einem selbständigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder im Verbundverfahren durchgesetzt werden.³⁾

-
- 1) BGH, FamRZ 1981, 533 = NJW 1981, 1508; FamRZ 1980, 46; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 423; OLG Koblenz, FamRZ 1978, 702; OLG Hamburg, FamRZ 1978, 787, 789; FamRZ 1981, 179; OLG Bremen, FamRZ 1979, 834; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 265; FamRZ 1981, 180; OLG Hamm, FamRZ 1978, 700; FamRZ 1979, 47; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 298 f; OLG München, FamRZ 1979, 298; KG, FamRZ 1979, 297; Göppinger, Vereinbarungen, Rz. 402; MünchKomm/Maier, § 1587 e, Rz. 3; Palandt/Diederichsen, § 1587 e, Anm. 2; Bassenge/Herbst § 64 a, Anm. 1 b; Walter, FamRZ 1979, 259, 262 und Neuer Prozeß S. 63; Rolland, § 1587 e BGB, Rz. 5, 6
 - 2) in Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 621 ZPO Anm. 6 u. 16
 - 3) BGH, FamRZ 1981, 533 = NJW 1981, 1508; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 265; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 179; Göppinger, Vereinbarungen, Rz. 402; MünchKomm/Meier, § 1587 e, Rz. 3; Soergel/von Hornhardt, § 1587 e, Rz. 10; Palandt/Diederichsen, § 1587 e, Anm. 2

2. Vorläufiger Rechtsschutz

Entscheidungen zum vorläufigen Rechtsschutz sind in Versorgungsausgleichsverfahren bislang nicht bekannt geworden. In der Literatur wird die Frage - soweit ersichtlich - nicht erörtert. Aus Inhalt und Zweck des Versorgungsausgleichs folgt, daß eine Situation, in der eine vorläufige Regelung als Eilmaßnahme erforderlich wäre, kaum denkbar ist.

Der Versorgungsausgleich setzt die Scheidung bzw. Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe voraus, §§ 1587 BGB, 26, 37 EheG. Der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich nach § 1587 b BGB begründet die Übertragung von Rentenanswartschaften; der schuldrechtliche Versorgungsausgleich nach § 1587 f BGB gibt dem berechtigten Ehegatten gegen den anderen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung einer unterhaltsähnlichen Geldrente¹⁾, wobei der Berechtigte gemäß § 1587 i BGB vom Verpflichteten in Höhe der laufenden Ausgleichsrente Abtretung der in den Ausgleich einbezogenen Versorgungsansprüche verlangen kann.

Eine vorläufige Regelung des Versorgungsausgleichs vor Scheidung der Ehe ist nicht denkbar. Eine finanzielle Notlage vor oder nach Auflösung der Ehe kann nicht durch eine vorläufige Regelung des Versorgungsausgleichs beseitigt werden; vielmehr ist der Berechtigte insoweit auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen zu verweisen.

1) Palandt/Diederichsen, § 1587 g, Anm. 1

IV. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren nach der HausratsVO

Die Verfahren über die Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und am Hausrat nach der HausratsVO sind nach § 23 b Abs. 1 Nr. 8 GVG Familiensachen. Verfahrensrechtlich handelt es sich nach § 13 Abs. 1 HausratsVO um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wobei sich Einschränkungen aus § 621 a Abs.1 ergeben.¹⁾

Im Verfahren nach der HausratsVO stehen sich die Beteiligten wie in der streitigen Gerichtsbarkeit gleichgeordnet gegenüber; infolgedessen gehört nach einhelliger Meinung das Verfahren zu den sogenannten echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.²⁾

1. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren auf Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung

Seit der Einführung des 1.EheRG im Jahre 1977, das von dem bis dahin im Scheidungsrecht geltenden Verschuldensprinzip zum verschuldensunabhängigen Zerrüttungsprinzip überging und in §§ 1565 Abs.2, 1566 BGB Zerrüttungsvermutungen sowie die grundsätzliche Scheidungsvoraussetzung aufstellte, daß die Ehegatten mindestens ein Jahr getrennt leben, hat das Verfahren auf Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung noch mehr an Bedeutung erlangt. Dies gilt auch für den vorläufigen Rechtsschutz in diesem Verfahren.

1) s. hierzu statt aller Soergel/Häberle, vor § 11 HausratsVO, Rz. 1

2) BGHZ 18, 143, 145; BGH, FamRZ 1979, 230 = Rpfleger 1979, 98; Dölle I S. 644; Habscheid, JZ 1954, 689; Konzen, JR 1978, 362, 365; Soergel/Häberle, § 13 HausratsVO, Rz.1; Liermann, in Rahm, VII Rz. 54

a) Vor Einleitung eines Scheidungsverfahrens

In der Praxis sind die Fälle besonders problematisch, in denen ein Scheidungsverfahren noch nicht anhängig ist und einer der Ehegatten die Zuweisung der Ehewohnung an sich erstrebt. Meist liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Ehe der Parteien ist zerrüttet. Ein Antrag auf Scheidung der Ehe hat nach materiellem Recht jedoch noch keine Aussicht auf Erfolg, weil die Fortsetzung der Ehe für keinen der Ehegatten unzumutbar ist, § 1565 Abs. 2 BGB, und die Eheleute auch noch nicht längere Zeit getrennt leben, §§ 1566 Abs. 1 und 2 BGB. Die Eheleute können sich weiter nicht einigen, wie die Wohnung zum Zwecke des Getrenntlebens aufgeteilt werden soll oder wer sie gegebenenfalls allein benutzen darf. Der scheidungswillige Ehegatte beantragt nunmehr bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht eine gerichtliche Regelung, durch die ihm die Ehewohnung allein zugewiesen werden soll.¹⁾

Ob ein solcher Antrag zulässig, nach welcher Vorschrift er materiell-rechtlich zu entscheiden und welches Verfahren anzuwenden ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.²⁾

1) Fall nach Walter, JR 1983, 476, 480 und nach Deisenhofer, FamRZ 1979, 102

2) vgl. dazu Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff.; Brudermüller, NJW 1984, 2560 ff.

aa) Einstweilige Anordnung gemäß § 62o S.1 Nr.7 ZPO

§ 62o S. 1 Nr. 7 sieht eine derartige Anordnung vor, jedoch verlangt § 62o a Abs. 2 bereits für die Zulässigkeit eines derartigen Antrags, daß eine Ehesache¹⁾ anhängig oder doch zumindest ein Prozeßkostenhilfeantrag gestellt worden ist.²⁾ Eine analoge Anwendung des § 62o auf selbständige Verfahren außerhalb von Ehesachen ist nicht möglich.³⁾

bb) Einstweilige Anordnung nach § 13 Abs.4 HausratsVO

Nach heute einhelliger Meinung⁴⁾ ist eine einstweilige Anordnung nach § 13 Abs. 4 HausratsVO erst dann zulässig, wenn ein Hauptverfahren, hier nach §§ 1 ff HausratsVO, anhängig ist. Ein selbständiges Verfahren mit dem alleinigen Ziel einer einstweiligen Anordnung ist nicht zulässig. Fraglich ist, ob in diesem Stadium ein Verfahren nach der HausratsVO zulässig ist.

1) s. dazu § 6o6 Abs. 1

2) OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 156; 1979, 1o4o; Zöller/Philippi, § 62o a Rz. 1 ff

3) s.o. A II 4

4) BGH, NJW 1983, 47, 48 = FamRZ 1982, 12oo; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 358, 359; FamRZ 1978, 523; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 12o; OLG Karlsruhe, NJW 1978, 21oo, 21o1; FamRZ 198o, 999, 1ooo; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 515; OLG Braunschweig, FamRZ 198o, 568; OLG Zweibrücken, FamRZ 1982, 1o31; FamRZ 1983, 1254; OLG Bamberg, FamRZ 1981, 1o94, 1o95; Zöller/Philippi, § 62o Rz. 27; Rolland, § 13 HausratsVO, Rz. 9; Vogel, AnwBl. 198o, 398, 4o3; Lynker, JurBüro, 1979, 955, 96o; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 13 HausratsVO, Anm. 13; Bumiller/Winkler, § 24 Anm.9

(1) Unmittelbare Anwendbarkeit der HausratsVO

Nach § 1 Abs. 1 HausratsVO kann eine gerichtliche Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung erfolgen, wenn sich die Ehegatten "anläßlich der Scheidung" nicht über die Benutzung der Wohnung einigen können.

Umstritten ist nun, wie der Begriff "anläßlich der Scheidung" zu verstehen ist.

(a) Meinungsstand

Bis zum Inkrafttreten des 1.EheRG am 1.7.1977 galt in § 1 HausratsVO der Wortlaut "nach der Scheidung". Danach mußte ein Scheidungsverfahren zumindest anhängig sein, bevor nach §§ 1 ff HausratsVO über die Ehwohnung entschieden werden konnte.

Nach der amtlichen Begründung zum Entwurf des 1. EheRG sollte § 1 Abs. 1 HausratsVO lediglich redaktionell geändert werden.¹⁾

Daher geht die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, daß nach § 1 Abs.1 HausratsVO der Anwendungsbereich der HausratsVO erst die Zeit ab Anhängigkeit einer Ehesache erfaßt

1) Begr. RegE, BT-Drucks. 7/650, S. 223:
"§ 1 Abs. 1 ist nur redaktionell geändert."

und eine Entscheidung nur für den Fall der Scheidung ermöglichen soll.¹⁾

In der Literatur wird vereinzelt die am Wortlaut begründete Auffassung vertreten, wonach "anlässlich der Scheidung" so zu verstehen sei, daß damit ohne weiteres auch Anträge vor der Scheidung erfaßt werden; erforderlich sei lediglich ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang mit dem Scheidungsantrag.²⁾

Noch weiter geht Kissel,³⁾ der aus der Formulierung "anlässlich der Scheidung" die generelle Möglichkeit herleitet, das Verfahren zunächst unabhängig von einem Scheidungsverfahren zu betreiben.⁴⁾

1) OLG Hamm, FamRZ 1979, 805; FamRZ 1979, 919; FamRZ 1980, 999 f; Beschluß vom 6.8.1975 - 4 WF 338/79; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 471 f; NJW 1978, 896; NJW 1980, 2262; FamRZ 1978, 191 = NJW 1978, 545; OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250, 251; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 170, 171; 1980, 55; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 998, 999; NJW 1978, 2100 = FamRZ 1978, 896 (LS); OLG Köln, NJW 1978, 1335; 1979, 53; OLG Bremen, NJW 1978, 2102 = FamRZ 1978, 775; OLG München, FamRZ 1979, 429; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872; OLG Oldenburg, NdsRpfl 1979, 122; FamRZ 1978, 47; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686, 687; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 1 HausratsVO, Rz. 1, 26, § 11 HausratsVO, Rz. 5, Ergbd., § 1 HausratsVO, Rz. 26 a; Rolland, § 1 HausratsVO, Rz. 4; Ambrock, zu § 1 - 3 HausratsVO, S. 456, Anm. 1; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 1 HausratsVO, Anm. 1; Erman/Ronke, vor § 1 HausratsVO, Rz. 4; Stollenwerk, in Rahm, IV, Rz. 151; Schleicher, RWP, 2 Bürger R, D, Eherecht - Ehescheidung, II B 3 (1025), S. 276; Soergel/Häberle, § 1 HausratsVO, Rz.3

2) Deisenhofer, FamRZ 1979, 102, 103

3) Kissel, Bd. 2, S. 165

4) Dem scheint sich Walter zeitweise angeschlossen zu haben. Dieser vertritt jedoch im Ergebnis wohl beide Auffassungen. In FamRZ 1980, 296, 297 (Besprechung von Zöllner, ZPO, 12.Aufl.) folgt er der Auffassung von Deisenhofer und Kissel. In FamRZ 1979, 682 = Neuer Prozeß S. 184 und in JZ 1983, 476, 480 schließt er sich der h.M. an, ebenso in Der Prozeß, S.202. Die jeweils von ihm auch anders vertretene Auffassung erwähnt Walter dabei nicht.

(b) Stellungnahme

Der Ansicht von Deisenhofer und Kissel kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß die Änderung des Wortlauts von "nach der Scheidung" in "an-läßlich der Scheidung" nur eine redaktionelle Änderung zum Zwecke der Ermöglichung des Verbundverfahrens darstellt, läßt sich diese Auffassung nicht mit §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB vereinbaren. Wäre nach der HausratsVO eine Regelung bezüglich der Ehewohnung und des Hausrats bereits vor Anhängigkeit eines Eheverfahrens möglich, so wären §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB überflüssig.¹⁾

Es liegt also eine Fallkonstellation vor, die vom Gesetz nicht positiv geregelt ist. Deshalb stellt sich die Frage der analogen Anwendung der bereits oben aufgeführten Vorschriften.

(2) Analoge Anwendung von §§ 1 ff. HausratsVO

Eine entsprechende Anwendung der §§ 1 ff. HausratsVO setzt neben einer Regelungslücke voraus, daß diese Vorschriften nach Sinn und Zweck auf die vorliegende Fallkonstellation überhaupt anwendbar sind.

1) Hanslik, in Hanslik/Heetfeld/Schneider/
Zellerhoff, Schnellübersicht Bd. 2, S. 112;
Vogel, AnwBl. 1980, 398, 404

(a) Herrschende Meinung

Die h.M. verneint eine derartige analoge Anwendung. § 1 Abs. 1 HausratsVO sei wegen der redaktionell erfolgten Änderung eindeutig und habe deshalb keine Regelungslücke hinterlassen. § 1 HausratsVO regelt die endgültige Zuweisung der Ehewohnung anlässlich eines Eheverfahrens,¹⁾ während es sich bei dem hier zu entscheidenden Fall um eine vorläufige Regelung handle. § 18 a HausratsVO mache diesen Unterschied dadurch deutlich, daß für die Zeit des Getrenntlebens der Ehegatten bezüglich der Verteilung des Hausrats materiell-rechtlich § 1361 a BGB gelte und nur die Verfahrensvorschriften der HausratsVO, d.h. §§ 11 ff., für diesen Fall anwendbar sein sollen, nicht also die materiell-rechtlichen Vorschriften der §§ 1 - 10 HausratsVO. Unter Hinweis auf diesen verschiedenartigen, nämlich endgültigen Charakter der von der HausratsVO vorgesehenen Regelung im Gegensatz zu der vorläufigen Regelung in dem hier zu entscheidenden Fall lehnt die h.M. eine entsprechende Anwendung von §§ 1 ff. HausratsVO ab.

(b) Mindermeinung

Anders als die h.M. hat sich das OLG Karlsruhe in einem Beschluß vom 7.8.1978²⁾ für eine entsprechende Anwendung der §§ 1, 18 a HausratsVO auch für die Zuweisung der Ehewohnung ausgesprochen, um erst eine Trennung der Parteien zu ermöglichen oder bei bereits erfolgter Trennung die förmliche Zuweisung der Wohnung außerhalb eines anhängigen Scheidungsverfahrens durchzusetzen:

1) so u.a. OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686; Gernhuber, § 19 III 6

2) OLG Karlsruhe, NJW 1978, 2100, 2101, das häufig für eine analoge Anwendung von § 1361 a BGB zitiert wird, so von Deisenhofer, FamRZ 1979. 102

Es schließt sich einer Entscheidung des OLG Frankfurt vom 25.1.1978 an.¹⁾ Das OLG Frankfurt spricht sich jedoch für eine analoge Anwendung von §§ 1361 a Abs. 4 BGB, 18 a HausratsVO aus. Insoweit bleibt der Beschluß des OLG Karlsruhe vom 7.8.1978 mißverständlich.

(c) Stellungnahme

Angesichts des Wortlauts und Zwecks von §§ 1 ff., 18 a HausratsVO, 1361 a BGB ist der h.M. zu folgen. Eine analoge Anwendung der materiell-rechtlichen Vorschriften von §§ 1 ff. HausratsVO widerspricht deren endgültigem Charakter. Insoweit bietet sich eher eine analoge Anwendung derjenigen Vorschriften an, die ebenfalls vorläufigen Charakter haben, nämlich §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB.²⁾

cc) Vorläufige Anordnung in einem Verfahren nach §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB

Die §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO regeln diesen Fall vom Wortlaut her nicht. Einmal setzen diese Vorschriften voraus, daß die Ehegatten bereits getrennt leben; weiter ist in diesen Vorschriften nur geregelt, daß bei Getrenntleben Gegenstände

1) OLG Frankfurt, NJW 1978, 545

2) Vogel, AnwBl. 1980, 398, 403; FamRZ 1978, 224; Stein/Jonas/Schlosser, § 621, Rz.12; Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz. 2

des Hausrats herausverlangt und/oder verteilt werden können. Nach einhelliger Auffassung gehört zu den Hausratsgegenständen aber nicht die Ehe-
wohnung.¹⁾ Die Frage einer analogen Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO ist in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten. Dabei läßt sich eine einheitliche Linie weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur noch innerhalb der Zivil- bzw. Familiensenate eines einzelnen Oberlandesgerichts feststellen.

(1) Die eine Analogie ablehnende Meinung

Ein Teil von Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ hält eine analoge Anwendung von Vorschriften der HausratsVO und von § 1361 a BGB in der Zeit vor Anhängigkeit einer Ehesache nicht für zulässig.

-
- 1) s. statt aller MünchKomm/Wacke, § 1361 a BGB Rz. 6
 - 2) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686 = Die Justiz 1978, 315; Die Justiz 1980, 442; OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 47 (aufgegeben in NdsRpfl 1979, 122); OLG Hamm, FamRZ 1979, 805 und 919 (4.FS); FamRZ 1980, 999 (6.FS); Beschluß vom 2.5.1979 - 3 UF 138/79; FamRZ 1978, 355 (5.FS, aufgegeben in FamRZ 1979, 582); OLG Frankfurt, NJW 1978, 896 (1.FS); FamRZ 1980, 471, 472 (1.FS); FamRZ 1979, 428; NJW 1980, 2262 (3.FS); OLG Nürnberg, FamRZ 1979, 510 und Beschluß vom 26.10.1979 - 10 UF 194/79; OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250; jedenfalls dann, wenn keine Scheidungsabsicht mehr besteht; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 170; 1979, 161; 1980, 55 (2.FS); OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 998; FamRZ 1984, 51; OLG Köln, NJW 1978, 1335; OLG Bremen, NJW 1978, 2102 = FamRZ 1978, 775; OLG Koblenz in Schnellübersicht, Bd. 1, Nr. 26 (S. 102)
 - 3) Vogel, FamRZ 1978, 224; Stollenwerk, in Rahm, IV Rz.137; Bergerfurth, Der Ehescheidungsprozeß, S.136, FN 2; Schwab, Handbuch, Rz. 870; Kissel, GVG, § 23 b GVG, Rz. 81; Flieger, MDR 1981, 457; 458; Diederichsen, ZZP 91, 411; MünchKomm/Müller-Gindullis, Ergbd., § 1 HausratsVO, Rz.26 b; Finger, FamR, S. 210; Gernhuber, § 19 III 3; Lantzke, NJW 1979, 1483, 1484; Erman/Heckelmann, § 1361 a Rz. 2 (aA Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz.2); offen gelassen von Beitzke, § 13, 5

Diese Ansicht lehnt eine Analogie von § 1361 a BGB und § 18 a HausratsVO ab, weil entweder keine planwidrige Regelungslücke oder kein vergleichbarer Tatbestand vorliege.¹⁾

Allerdings verkennt auch diese Meinung nicht, daß ein gewisses Bedürfnis nach einer richterlichen Regelung schon bei Getrenntleben auch für die Ehwohnung bestehen kann.²⁾

Gleichwohl hält diese Meinung eine Analogie nicht für gerechtfertigt. Hierfür werden verschiedene Begründungen angegeben. Ein Argument ist u.a., daß der Gesetzgeber das hier vorliegende Problem der vorläufigen Regelung der Verhältnisse an der Ehwohnung bereits bei Erlaß des 1.EheRG gekannt und dennoch auf eine ausdrückliche Regelung bzw. Abänderung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO verzichtet habe. Daraus müsse gefolgert werden, daß er eine Regelung ausdrücklich abgelehnt habe. Die Ehegatten sollten sich nach der Intention des Gesetzgebers über die Möglichkeiten des Getrenntlebens und damit auch bezüglich der Ehwohnung selbst auseinandersetzen.³⁾ Dabei beruft sich das OLG Hamburg auf die Entscheidung des BGH vom 7.4.1978.⁴⁾ Das OLG Frankfurt stellt in diesem

1) OLG Karlsruhe (16.ZS), FamRZ 1984, 51; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686, 687; Flieger, MDR 1981, 457, 458; Vogel, FamRZ 1978, 224; MünchKomm/Müller-Gindullis, Ergbd., § 13 HausratsVO, Rz. 26 b

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686, 687; OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, 51 ff, 52

3) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686, 687; OLG Frankfurt, NJW 1980, 2262; OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250

4) FamRZ 1978, 496, 497 = NJW 1978, 1529, 1530

Zusammenhang noch darauf ab, daß mit der Änderung der HausratsVO die in § 19 HausratsVO enthaltene Befugnis des Richters zu einer einstweiligen Maßnahme in Ehesachen aufgehoben und dem § 62o zugeordnet worden sei.

Das OLG Hamm¹⁾ und das OLG Schleswig²⁾ verneinen eine analoge Anwendung unter Hinweis auf die sorgfältig durchgeführte Unterscheidung zwischen Hausrat und Ehewohnung und auf den Ausnahmecharakter von § 18 a HausratsVO. Ein weiteres Gegenargument sieht das OLG Schleswig darin, daß § 18 a HausratsVO von bereits getrennt lebenden Ehegatten ausgehe, während in dem hier zu entscheidenden Fall erst regelmäßig die Trennung herbeigeführt werden solle, so daß ein weit schwererwiegender Eingriff in das Recht eines Ehegatten als bei Verteilung des Hausrats vorliege.

Diese Auffassung hat zur Konsequenz, daß Streitigkeiten über die Ehewohnung in diesem Stadium nicht als Familiensache möglich sind, eine Zuständigkeit des Familiengerichts also nicht gegeben ist.³⁾

1) OLG Hamm, FamRZ 1979, 805, 806; OLG Hamm (6.FamS), FamRZ 1980, 999, 1000

2) OLG Schleswig, SchlHA 1980, 55 mit Hinweis, auf Palandt, vor §1 HausratsVO, Anm. V 3 b; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 55

3) OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 896; OLG Hamm, FamRZ 1979, 805 f; FamRZ 1980, 999 f; OLG Köln, NJW 1978, 1335; MünchKomm/Müller-Gindullis, § 1 HausratsVO, Ergbd. Rz. 26 d; a.A. OLG Schleswig, SchlHA 1979, 161 f, wonach sich die Streitigkeit um die Benutzung der Ehewohnung nach § 1353 BGB richte und daher als Ehesache zu qualifizieren sei.

Nach dieser Auffassung hat der rechtsuchende Ehegatte jedoch die Möglichkeit, das Prozeßgericht mit dem Ziel anzurufen, eine einstweilige Verfügung gemäß § 940 zu erwirken.¹⁾

Des weiteren bleibt nach dieser Ansicht die Möglichkeit, eine Ehesache in Form einer Klage auf Gestattung des Rechts zum Getrenntleben anhängig zu machen.²⁾ Innerhalb dieser Ehesache könne dann über die Ehewohnung eine einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 ergehen.³⁾

Gerade unter Hinweis auf diese beiden Möglichkeiten lehnt diese Auffassung eine analoge Anwendung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO ab, da keine Gesetzeslücke bestehe.

(2) Die eine Analogie befürwortende Meinung

Nach einer anderen im Vordringen befindlichen Meinung kann auch vor Anhängigkeit einer Ehesache

-
- 1) OLG Hamm, FamRZ 1979, 805 f; FamRZ 1980, 999 f; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686; OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250 f; OLG Bremen, NJW 1978, 2102 = FamRZ 1978, 775
 - 2) Ein Recht zum Getrenntleben wird unter den Voraussetzungen des § 1353 Abs. 2 BGB bejaht, Zöller/Philippi, § 620 Rz. 44; Schwab, FamR, Rz. 302
 - 3) OLG Frankfurt, NJW 1980, 2262; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 998; Bergerfurth, Der Ehescheidungsprozeß, S. 80, 136 FN 2; Diederichsen, ZJP 91, 397, 411; Stein/Jonas/Schlosser, vor § 606, Rz. 14; OLG Bremen, NJW 1978, 2102 = FamRZ 1978, 775; MünchKomm/Müller-Gindullis, Ergbd., § 1 HausratsVO, Rz. 26 c; Schwab, Handbuch, Rz. 870; Lantzke, NJW 1979, 1483, 1484; Finger, FamR, S. 210 f

eine Benutzungsregelung der Ehewohnung in analoger Anwendung der §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB erfolgen.¹⁾ Die Möglichkeit einer analogen Anwendung wird überwiegend mit praktischen Gesichtspunkten und der Tatsache begründet, daß eine Regelung für den vorliegenden Fall erforderlich sei.²⁾

-
- 1) OLG Frankfurt (Senat Kassel), FamRZ 1978, 191, 192 = NJW 1978, 545; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 896 (LS) = NJW 1978, 2100; OLG München, FamRZ 1979, 429; OLG Köln, NJW 1979, 53; FamRZ 1983, 732; OLG Oldenburg, FamRZ 1979, 805 = NdsRpfl 1979, 122 unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in FamRZ 1978, 42; OLG Hamm (5. FS) FamRZ 1979, 582 unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in FamRZ 1978, 355; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 50; FamRZ 1980, 1138; FamRZ 1981, 872; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 141, 252; 569; 1981, 259; 1982, 1031 (nur zum Zwecke des Getrenntlebens); (2.ZS.), FamRZ 1984, 478 ff.; OLG Celle, FamRZ 1980, 252 = NdsRpfl 1980, 11; OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250 (wenn konkrete Scheidungsabsicht besteht); OLG Bamberg, FamRZ 1979, 804; OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; KG, FamRZ 1982, 272; AG Schwetzingen, MDR 1983, 675; FamRZ 1983, 589 ff.; AG Groß-Gerau, FamRZ 1979, 504; Rolland, § 1361 a BGB, Rz. 1 a, unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in der Erstauflage; Palandt/Diederichsen, § 1361 a Anm. 1, § 18 a HausratsVO, Einf. v. § 1564 Anm. 4 c; Deisenhofer, FamRZ 1979, 102, 103; Holzhauer, JZ 1979, 113, 118; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 9 c, § 621 Anm. 1 G; Soergel/Lange, § 1361 a, Rz. 16; Walter, FamRZ 1979, 663, 682 = Neuer Prozeß, S. 185; JZ 1983, 476, 480; Erman/Heckelmann, § 1361 a Rz. 2 (a.A. jedoch Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO Rz. 2); BGB- RGRK/Graßhoff, § 1564 Rz. 106; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 28 und § 621 Rz. 55 (anders noch 12. Aufl., § 620 Anm. 6 c bb); Stollenwerk, in Rahm, IV Rz. 190; Bosch, FamRZ 1980, 1, 6; FamRZ 1978, 356 (Anm. zu OLG Hamm, FamRZ 1978, 355); Rosenberg/Schwab, § 167 I 2 g (S. 1033); Göppinger, Vereinbarungen, Rz. 14, Fn 24
- 2) OLG Frankfurt, NJW 1978, 545 = FamRZ 1978, 191 mit zust. Anm. Bosch in FamRZ 1978, 356; OLG Celle, NdsRpfl 1980, 11 = FamRZ 1980, 252; OLG München, FamRZ 1979, 429; Rolland, § 1361 a Rz. 4

Ein Teil der Rechtsprechung¹⁾ begründet die analoge Anwendung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO damit, daß eine unbewußte Regelungslücke vorliege. Hierauf wird aus dem Umstand geschlossen, daß im neuen materiellen Scheidungsrecht die Trennung der Parteien eine besondere Bedeutung erlangt habe. Der Gesetzgeber habe die Notwendigkeit einer Regelung über die eheliche Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens übersehen, und zwar insbesondere deswegen, weil das Erfordernis eines Trennungsjahres als Scheidungsvoraussetzung erst auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses beschlossen worden sei.²⁾

Dabei läßt diese Auffassung eine analoge Anwendung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO jedoch auch nur unter ganz bestimmten einschränkenden Voraussetzungen zu. Angesichts der Tatsache, daß eine Gesetzeslücke nach dieser Meinung wegen der nachträglichen Einfügung von § 1565 Abs. 2 BGB entstanden ist, wird eine Regelung nach §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO nur dann als zulässig angesehen, wenn durch sie die Voraussetzungen des § 1565 Abs. 2 BGB geschaffen werden sollen, d.h. wenn diese Regelung zur Durchführung des Getrenntlebens zum Zwecke der Scheidung erforderlich ist.

-
- 1) OLG Oldenburg, NdsRpfl 1979, 122; OLG München, FamRZ 1979, 429; OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; OLG Köln, FamRZ 1982, 273; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 2100, 2101; OLG Hamm, FamRZ 1979, 582, 583; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 804, 805
- 2) so auch Deisenhofer, FamRZ 1979, 102 und Walter, JZ 1983, 476, 480. Nach Bosch, FamRZ 1979, 806 (Anm. zu OLG Hamm, FamRZ 1979, 805) sind die Argumente für eine Analogie schlechthin überzeugend. "Analogie ist ein bewährtes Mittel richterlicher Rechtsfortbildung, das um so mehr praktiziert werden muß, je unvollkommener das Gesetzesrecht sich den Juristen präsentiert"; so auch derselbe in FamRZ 1980, 1, 6

Dabei muß zunächst aber immer geprüft werden, ob nicht eine Aufteilung der Wohnung zwischen den Ehegatten möglich ist.¹⁾

(3) Regelung de lege ferenda

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG)²⁾ sieht einen neuen § 1361 b BGB vor, der den hier vorliegenden Fall ausdrücklich regelt:

"§ 1361 b BGB

(1) Leben die Ehegatten getrennt oder will einer von ihnen getrennt leben, so kann ein Ehegatte verlangen, daß ihm der andere die Ehwohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung überläßt, soweit dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. Steht einem Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten das Eigentum, das Erbbaurecht oder der Nießbrauch an dem Grundstück zu, auf dem sich die Ehwohnung befindet, so ist dies besonders zu berücksichtigen; entsprechendes gilt für das Wohnungseigentum, das Dauerwohnrecht und das dingliche Wohnrecht.

(2) Ist ein Ehegatte verpflichtet, dem anderen Ehegatten die Ehwohnung oder einen Teil zur alleinigen Benutzung zu überlassen, so kann er vom anderen Ehegatten eine Vergütung für die Benutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht."

Dieser Entwurf folgt der eine Analogie bejahenden Meinung mit den bereits von dieser Meinung aufgestellten einschränkenden Voraussetzungen.³⁾

1) so zuletzt OLG Zweibrücken, 2.ZS., Beschluß vom 21.3.1984, FamRZ 1984, 478, 479 unter Hinweis auf seinen eigenen Beschluß vom 22.2.1980, FamRZ 1980, 569 m.w.N.; FamRZ 1984, 391, 392; 1980, 252; s.a. OLG München, FamRZ 1979, 429 ff., 430

2) Bundesrats-Drucks. 501/84 = BT-Drucks. 10/2888

3) BT-Drucks. 10/2888, S. 16

(4) Stellungnahme

Beide oben genannten Lösungen sind nicht frei von Bedenken, so daß die beabsichtigte gesetzliche Neuregelung zu begrüßen ist. Nach geltendem Recht ist eine Regelung der Benutzung der Ehewohnung vor Einleitung eines Eheverfahrens in analoger Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO zulässig.

Für die Auffassung, die eine Analogie der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO ablehnt, spricht zwar der Wortlaut der Vorschriften.

Soweit diese Meinung aber zur Begründung auf den Rechtszustand vor dem 1.7.1977 verweist, für den nirgends die Auffassung vertreten worden ist, die Regelung des § 1361 a Abs. 1 und 3 BGB hinsichtlich des Hausrats bei Getrenntleben sei auch auf die Ehewohnung auszudehnen,¹⁾ ist dieses Argument nicht stichhaltig. Wie eine Frage vor einer Gesetzesänderung beurteilt wurde, sagt noch nichts darüber aus, ob das geltende Recht nunmehr eine durch Analogie zu schließende gesetzliche Regelungslücke aufweist. Die Frage einer Regelung der Benutzung der Ehewohnung vor Anhängigkeit einer Ehesache stellt sich seit Inkrafttreten des 1.EheRG gerade deshalb, weil nach § 1565 Abs.2 BGB eine Scheidung im Regelfall erst nach einer Trennungszeit von einem Jahr möglich ist.

1) OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686 f; Soergel/Lange (10.Aufl.), § 1361 a Rz. 6; Hoffmann/Stephan, § 18 a HausratsVO Rz. 4

Bedenken bestehen auch gegen die von dieser Meinung vertretene Auffassung, daß der Gesetzgeber hier bewußt eine Regelung unterlassen habe. Angesichts der Intention des 1.EheRG zur Konzentration aller ehebezogenen Streitigkeiten beim FamG¹⁾ ist es nur schwer vorstellbar, daß der Gesetzgeber ausnahmsweise in diesem Stadium eine Regelung zur Benutzung der Ehewohnung nicht dem FamG, sondern den allgemeinen Prozeßgerichten zuweisen wollte²⁾ mit der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 940. Dies würde gerade dem Sinn und Zweck der Regelung in § 1361 a BGB, 18 a HausratsVO widersprechen, wonach Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse am Hausrat bei demjenigen Gericht zu konzentrieren sind, das dieser mit der Ehesache verknüpften Angelegenheit örtlich und sachlich am nächsten steht.³⁾

Nicht überzeugend ist auch, soweit von dieser Meinung eine Lücke angesichts der Möglichkeiten einer einstweiligen Verfügung nach § 940 oder einer Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben verneint wird.

1) BGHZ 71, 264, 272 ff. = FamRZ 1978, 582

2) BGH, FamRZ 1978, 496, 497 = NJW 1978, 1529, 1530; Lynker, Jur. Büro 1979, 955, 956

3) BGHZ 67, 217 = NJW 1977, 43; NJW 1983, 47 = FamRZ 1982, 1200; vgl. 8T-Drucks. 7/650, S.78 f

Trotz Vorliegens einer generellen Regelung, hier § 94o, kann das betreffende Begehren konkret im Gesetz lückenhaft geregelt sein. Eine Lücke liegt dann vor, wenn ein Sachverhalt zwar von einer abstrakten Regelung erfaßt wird, der Gesetzgeber für diesen Sachverhalt aber eine andere - konkrete - Regelung getroffen hätte, wenn er ihn bedacht hätte.¹⁾

Zweifelhaft ist auch, ob einer einstweiligen Verfügung nach § 94o nicht § 94o a entgegensteht, wonach die Räumung von Wohnraum im Wege der einstweiligen Verfügung nur wegen verbotener Eigenmacht angeordnet werden kann, verbotene Eigenmacht aber im vorliegenden Fall nur selten gegeben ist.²⁾

Außerdem wird bei dieser Lösung nur das Problem verlagert: Der im einstweiligen Verfügungsverfahren unterlegene Ehegatte könnte ein selbständiges Verfahren zur endgültigen Regelung des Gegenstandes einleiten, der durch die einstweilige Verfügung nur vorläufig geregelt worden ist. In diesem selbständigen Verfahren taucht dann aber wieder die Gesetzeslücke auf, die scheinbar im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens geschlossen worden ist.³⁾

1) Ritter, FamRZ 1971, 405, 407 m.w.N. (FN 37)

2) OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, 51 ff., 53; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 50, 51; Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff. m.w.N. in Fn 24

3) Zöller/Philippi, § 621 Rz. 55

Die Lösung, dem scheidungs- bzw. trennungswilligen Ehegatten zuzumuten, Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben zu erheben und in diesem Verfahren den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr. 7 zu beantragen,¹⁾ erscheint gekünstelt.²⁾ Dies gilt insbesondere dann, wenn der andere Ehegatte das Recht zur Trennung nicht bestreitet. In einem solchen Fall ist das Vorliegen des nach § 256 Abs. 1 erforderlichen Feststellungsinteresses³⁾ zweifelhaft.⁴⁾

Der Weg über eine Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben ist deshalb nur möglich, wenn das Recht zum Getrenntleben bestritten wird.⁵⁾

-
- 1) OLG München (Senat Augsburg), FamRZ 1979, 429, 430; OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; OLG Bremen, FamRZ 1978, 775 f; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 428
 - 2) OLG Hamm, FamRZ 1979, 582; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 50; OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; AG Schwetzingen, MDR 1983, 675; FamRZ 1983, 589 m.w.N.; umfassend hierzu Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff. m.w.N.; Deisenhofer, FamRZ 1979, 102
 - 3) Thomas/Putzo, § 256 Anm. 5; Zöllner/Stephan, § 256 Rz. 7
 - 4) OLG Braunschweig, FamRZ 1980, 568; OLG Düsseldorf, FamRZ 1972, 208; OLG Oldenburg, NdsRpfl 1979, 122; Baumbach/Albers, § 606 Anm. 2 E; Stein/Jonas/Schlosser, vor § 606 Rz. 14; a.A. Flieger, MDR 1981, 457, 458
 - 5) OLG Karlsruhe, NJW 1978, 2100 f; OLG München, FamRZ 1979, 429 f; AG Schwetzingen, MDR 1983, 675 und FamRZ 1983, 589 ff.; umfassend Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 55 m.w.N.

Die nunmehr im Vordringen begriffene Meinung, die eine analoge Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO befürwortet, ist allerdings auch nicht bedenkenfrei. Diese Meinung kommt zur Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO nur im Wege einer doppelten Analogie.¹⁾

Doppelt ist die Analogie deswegen, weil zum einen diese für den Hausrat geltenden Bestimmungen auf die Ehewohnung angewandt werden sollen, und zum anderen deswegen, weil die für den Fall der vollzogenen Trennung geltenden Regelungen zeitlich ausgedehnt werden und die Trennung erst ermöglichen sollen.²⁾

(a) Gesetzeslücke

Unter Analogie versteht man die Übertragung der für einen bestimmten Tatbestand im Gesetz gegebenen Rechtsfolge auf einen vom Gesetz nicht geregelten anderen, jedoch ähnlichen Tatbestand.³⁾ Erste Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Analogie ist dabei eine Lücke im Gesetz. Dieses muß also für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung anstreben, aber eine unvollständige, d.h. eine offene, planwidrige Gesetzeslücke aufweisen.⁴⁾ Keine planwidrige Regelungslücke, die im Wege richterliche Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte, liegt dann vor,

1) Soergel/Lange, § 1361 a Rz. 16

2) OLG Schleswig, SchlHA 1978, 55; Beitzke, § 12 VII 5

3) Larenz, ML, S. 366

4) Larenz, ML, S. 355, 358, 366 f

wenn der Gesetzgeber diesen Fall nicht regeln wollte, wenn also ein "beredtes Schweigen" gegeben ist.¹⁾

Gegen eine ungewollte Regelungslücke spricht jedoch weder ein Umkehrschluß aus § 1361 a Abs.3 BGB²⁾ noch aus § 620 S.1 Nr. 7.³⁾ Ein derartiger Schluß wäre nur dann berechtigt, wenn die genannten Vorschriften ausdrücklich oder sinngemäß das Wörtchen "nur" enthielten, wenn also der Gesetzgeber eine Beschränkung der Rechtsfolge auf die geregelten Tatbestände ausdrücklich gewollt hat oder wenn dies nach der Teleologie des Gesetzes geboten ist.⁴⁾

Dies ist nicht der Fall. § 620 enthält für die Zeit vor Anhängigkeit einer Ehesache weder positiv noch negativ eine Regelung, wie bereits dargelegt worden ist.⁵⁾ § 1361 a BGB betrifft nur Hausratsgegenstände und enthält das einschränkende Wort "nur" gerade nicht. Das Zustandekommen des 1.EheRG, insbesondere des § 1565 Abs. 2 BGB, legt den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine Benutzungsregelung der Ehewohnung vor Anhängigkeit der Ehesache übersehen hat.⁶⁾ Das Erfordernis des Trennungsjahres in § 1565 Abs. 2 BGB ist erst auf Verlangen des Bundesrates

1) Larenz, ML, S. 366

2) so OLG Hamm, FamRZ 1980, 999

3) so Gernhuber, § 19 III 5

4) Larenz, ML, S. 376

5) oben A II 3

6) s.o. S. 122 Fn. 1 und 2

im Vermittlungsausschuß formuliert und angefügt worden.¹⁾ Erst hierdurch hat die Trennung der Eheleute eine besondere Bedeutung erlangt, so daß ein Bedürfnis nach gerichtlicher Regelung entstanden ist.

Es kann deshalb nicht der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz bezüglich der Ehewohnung ein "bedröntes Schweigen" aufweist.²⁾

(b) Ausnahmecharakter der §§ 1361 a BGB,
18 a HausratsVO

Bedenken gegen eine Analogie könnten angesichts des Ausnahmecharakters der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO bestehen.³⁾

Nach h.M.⁴⁾ ist aber auch bei Ausnahmenvorschriften im Rahmen und in den Grenzen des Gesetzeszwecks eine erweiternde Auslegung oder Analogie statthaft.

1) Bundesrats Drucks. 216/76 vom 7.4.1976; Rechtsanwenderbroschüre S. 141

2) so Gernhuber, § 19 III 5; so auch Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz. 2

3) so OLG Hamm, FamRZ 1980, 999, 1000; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 55

4) BGHZ 26, 78, 83; BAG, NJW 1969, 74, 75; RGZ 87, 284, 286, 287 und 371, 373; 113, 178, 186, 187; OLG Frankfurt, BB 1982, 515; so auch ausdrücklich Palandt/Heinrichs, Einleiter vor § 1, Anm. VI 3 d gg, der von Flieger, MDR 1981, 457, 458 (Fn 11) und OLG Schleswig, SchlHA 1978, 55 zu Unrecht für die gegenteilige Ansicht zitiert wird; Bosch, FamRZ 1980, 1, 6; Enneccerus/Nipperdey, § 48 I 2 a, S. 297

(c) Art. 6 Abs. 1 GG, §§ 614 Abs. 1, 2, 616 Abs. 2

Einer Analogie könnte jedoch Art. 6 Abs. 1 GG entgegenstehen, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen. Art. 6 Abs. 1 GG enthält eine verfassungsrechtliche Bedeutung in dreifacher Hinsicht: Einmal stellt Art. 6 Abs. 1 GG eine Institutionsgarantie bezüglich Ehe und Familie dar, dann dient sie dem Schutz vor störenden Eingriffen des Staates und außerdem ist sie als wertentscheidende Grundsatznorm zu sehen.¹⁾

Nach den Vorschriften der §§ 614 Abs. 1 und 2, 616 Abs. 2 ist das Gericht verpflichtet, im konkreten Einzelfall die Erhaltung einer Ehe zu fördern und zu schützen.

Nach § 614 Abs. 1 und 2 ist eine Aussetzung des Ehescheidungsverfahrens von Amts wegen nur zum Zwecke einer gütlichen Beilegung des Verfahrens oder bei Aussicht auf Fortsetzung der Ehe zulässig. Nach § 616 Abs. 2 kann das Gericht von Amts wegen nur solche bislang von den Parteien nicht vorgebrachten Tatsachen berücksichtigen, bei denen es sich um eheaufrechterhaltende Umstände handelt.

Hiergegen könnte eine gerichtliche Regelung der Benutzung der Ehewohnung verstoßen, da sich die Maßnahme eheauflösend auswirken kann.²⁾

1) Schlüter, FamR, § 1 II m.w.N.; Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff., 442 m.w.N.;

2) Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff., 441 m.w. Einzelheiten und Nachweisen.

Zwar ist die Ehe in ihrem Bestand nicht für alle Zeiten geschützt. Dies zeigt sich schon an den Ehescheidungs Vorschriften und der HausratsVO. § 1353 Abs. 1 BGB geht zwar davon aus, daß die Ehe auf Lebenszeit geschlossen ist; § 1353 Abs. 2 BGB zeigt aber auch gleichzeitig, daß die eheliche Gemeinschaft nicht unauflöslich ist. Im Rahmen der hier zu prüfenden Analogie geht es aber darum, ob eine Bestimmung so interpretiert werden darf, daß mit ihrer Hilfe die Voraussetzungen für einen Scheidungsantrag geschaffen werden; einer solchen Interpretation könnte Art. 6 Abs. 1 GG entgegenstehen. Maßnahmen des Gerichts, die sich in ihrer Zielrichtung scheidungsfördernd und damit ehefeindlich auswirken, verstoßen gegen Art. 6 Abs. 1 GG und sind daher unzulässig.

Ob sich im Einzelfall die Aufteilung der Ehewohnung zwischen den Ehegatten bzw. die Zuweisung der Wohnung an einen der Ehepartner eheerhaltend auswirken, wie dies von Kalthoener, dem OLG Hamm und dem OLG Zweibrücken¹⁾ vertreten wird, ist zweifelhaft. Nach dieser Ansicht kann ein Regelungsbedürfnis auch ohne eine akute Scheidungsabsicht vorhanden sein, wenn die Ehegatten Überlegungszeit brauchen, ob sie sich scheiden wollen, die Entscheidung über die Benutzung der Ehewohnung jedoch nicht regeln können oder wollen. Für

1) OLG Hamm, 5.FamS, FamRZ 1979, 582, 583; Kalthoener, FamRZ 1984, 443; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 569, 570

diesen Fall wird die Möglichkeit einer gerichtlichen Regelung deswegen für zulässig gehalten, weil sonst die Ehegatten im Zweifelsfall die Scheidung einreichen müßten, um eine vorläufige Regelung seitens des Gerichts zu erreichen.¹⁾ Diese Argumentation ist bedenklich. Eine Trennung wirkt sich in der Regel nicht eheerhaltend aus, sondern fördert die Auflösung der Ehe. Die Trennung bedeutet den größten Schritt auf ein Scheitern der Ehe hin.²⁾

Andererseits werden in Konfliktsituationen die persönlichen Spannungen zwischen den Ehegatten durch die gemeinsame Benutzung der Ehewohnung häufig verstärkt. Eine Aufteilung oder Zuweisung der Ehewohnung kann dazu beitragen, Spannungen abzubauen und eine Versöhnung der Ehegatten zu ermöglichen, so daß sich eine derartige Regelung nicht scheidungsfördernd auswirkt.³⁾ In einem solchen Fall wird durch eine einstweilige Regelung seitens des Gerichts gerade dem Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung getragen

1) OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 569, 570; OLG Hamm, FamRZ 1979, 582 f; AG Schwetzingen, MDR 1983, 675; FamRZ 1983, 589, 590

2) Holzhauer, JZ 1979, 113, 118

3) so auch Begr.RegE zum UAndG, BT-Drucks. 10/2888, S. 16

Nach Art. 6 Abs. 1 GG steht nicht nur die Ehe, sondern auch die Familie unter dem staatlichen Schutz. Zur Familie gehören auch eventuell vorhandene Kinder. Auch zu deren Schutz kann es durchaus im Einzelfall angezeigt sein, die Benutzung der Ehewohnung unter den Eltern bzw. Ehepartnern zu regeln.¹⁾ Andernfalls besteht die Gefahr, daß die Kinder unter dem spannungsreichen Zusammenleben der Eltern in Konfliktsituationen besonders leiden und geschädigt werden, wenn sie in die Streitigkeiten der Eltern einbezogen werden.

Daraus folgt, daß Art. 6 Abs. 1 GG und § 616 Abs. 2 einer analogen Anwendung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO grundsätzlich nicht entgegenstehen. Andererseits folgt daraus jedoch auch, daß eine solche analoge Anwendung nur unter einschränkenden Voraussetzungen möglich sein darf.

1) Kalthoener, FamRZ 1984, 426 ff., 442, 443

(d) § 1 FGG

Bedenken gegen eine Analogie wird vereinzelt in der Literatur¹⁾ im Hinblick auf § 1 FGG geäußert. Nach § 1 FGG sei die Rechtswegzulässigkeit nur bei ausdrücklicher Zuweisung durch den Bundesgesetzgeber gegeben. Dem steht jedoch einmal entgegen, daß in § 1 FGG nicht von einer ausdrücklichen Zuweisung die Rede ist. Außerdem beruht auch bei einer analogen Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift die Rechtswegzulässigkeit auf gesetzlicher Grundlage, nämlich auf dieser Vorschrift. Infolgedessen ist allgemein anerkannt, daß die Zuständigkeitsbegründung durch einen Analogieschluß möglich ist.²⁾

(e) Ähnlicher Sachverhalt und Gleichheit der Interessenlage

Die weiteren Voraussetzungen einer Analogie liegen ebenfalls vor.

Eine Gesetzeslücke ist dadurch entstanden, daß erst auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses das Erfordernis eines Trennungsjahres in § 1565 Abs. 2 BGB beschlossen wurde.³⁾ Trotz Scheiterns der Ehe kann nach jetzigem Recht ein Scheidungsantrag mit einer

1) so Flieger, MDR 1981, 457, 458

2) Ritter, FamRZ 1971, 405, 407; BGHZ 5, 46, 48 ff.; G. und D. Reinicke, NJW 1952, 1153, 1154

3) BT-Drucks. 7/4992 = BR-Drucks. 216/76; Rechtsweg-anwenderbroschüre der BReg zum 1.EheRG, S.141, 143; Lynker, Jur Büro 1979, 955, 962: "in letzter Minute"

dann möglichen einstweiligen Anordnung zur Regelung der Benutzung der ehelichen Wohnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 mit Aussicht auf Erfolg noch nicht gestellt werden; hierzu muß vielmehr erst die Trennung herbeigeführt werden und diese muß mindestens ein Jahr andauern. Die Trennung ihrerseits erfordert wiederum eine Regelung der Benutzung der Ehwohnung.¹⁾

Eine gerichtliche Regelung kann auch erforderlich werden, wenn die Ehegatten schon getrennt in der Wohnung leben, es jedoch zu Streitigkeiten zwischen ihnen kommt, oder wenn die Ehegatten eine Zeitlang getrennt gelebt haben, der ausgezogene Ehegatte dann aber zurückkehrt und das Trennungsjahr noch nicht abgelaufen ist.

Durch § 1361 a BGB, und zwar sowohl alter als auch neuer Fassung, soll für eine Übergangszeit dem Hausratsbedarf beider Ehegatten für nunmehr zwei getrennte Haushalte Genüge getan werden.

§ 1361 a BGB ist insoweit wertneutral. Daß durch eine Regelung rein tatsächlich die Trennung erleichtert wird, ist kein gesetzgeberisch maßgeblicher Gesichtspunkt gewesen.²⁾

Dies gilt auch für eine vorläufige Regelung hinsichtlich der Ehwohnung. Durch diese gerichtliche Regelung wird nur einem akuten Bedürfnis der Ehepartner Rechnung getragen, ohne daß damit eine endgültige Regelung erfolgen soll.

Wegen der sich rein tatsächlich an diese gerichtliche vorläufige Regelung anknüpfenden Folgen

1) Deisenhofer, FamRZ 1979, 102

2) Kalthoener, FamRZ 1984, 436 ff., 441 m.w.N.

darf eine derartige vorläufige Regelung seitens des Gerichts nur unter einschränkenden Voraussetzungen erlassen werden. Diese Voraussetzungen ergeben sich aus der bereits oben festgestellten Regelungslücke: Einführung des § 1565 Abs. 2 BGB, Erfordernis des Trennungsjahres.

Danach ist eine vorläufige Regelung im Rahmen einer entsprechenden Anwendung von §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO nur dann berechtigt, wenn die Trennung zum Zweck der Scheidung erstrebt wird und eine vorläufige Regelung angesichts der tatsächlichen Umstände erforderlich ist.¹⁾ Insoweit kann nicht der Ansicht²⁾ gefolgt werden, die eine Scheidungsabsicht nicht verlangt. Für diesen Fall liegt eine Regelungslücke nicht vor. Die Situation ist insoweit zum alten Recht unverändert. Dort lag eine Gesetzeslücke nicht vor. Die jetzt festgestellte Lücke ist erst dadurch entstanden, daß die Trennung Voraussetzung für die Scheidung wurde. Eine unbegrenzte Analogie unabhängig davon, ob die Ehegatten die Trennung zum Zwecke der Scheidung herbeiführen wollen, würde die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten. Daher muß jedenfalls die Zuweisung zum Zwecke des Getrenntlebens zur Herbeiführung der Scheidungs-

-
- 1) OLG München, FamRZ 1979, 429, 431; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 252; 1982, 1031; 1984, 391; OLG Oldenburg, NdsRpfl 1979, 122; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1138; OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 191 f = NJW 1978, 545; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 391, 392; Zöller/Philippi, § 621 Anm. VI 4; Stollenwerk in Rahm, IV Rz.190; Soergel/Lange, § 1361 a Rz. 17; Göppinger, Vereinbarungen, Rz. 14, Fn 24
- 2) OLG Hamm, FamRZ 1979, 582, 583; OLG Zweibrücken, (2.ZS) FamRZ 1980, 569; OLG Celle, NdsRpfl 1980, 11 = FamRZ 1980, 252

voraussetzungen begehrt werden.¹⁾ Dabei ist insbesondere auch den Interessen des an der Ehe festhaltenden Ehegatten Rechnung zu tragen.²⁾

(f) Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO ist somit grundsätzlich zulässig.³⁾

In materieller Hinsicht ist § 1361 a BGB und in verfahrensrechtlicher Hinsicht § 18 a HausratsVO analog anzuwenden. Allerdings empfiehlt sich angesichts der bestehenden Zweifel und Bedenken eine klare gesetzliche Regelung dringend.

b) Voraussetzungen der einstweiligen Regelung

Bejaht man eine entsprechende Anwendung der §§ 1361 a BGB, § 18 a HausratsVO, so kann das Gericht über § 13 Abs. 4 HausratsVO, der dann eben-

1) OLG Hamburg, FamRZ 1980, 250, 251; OLG Zweibrücken, FamRZ 1981, 259, 260

2) Kalthoener, FamRZ 1984, 442, 443

3) Klauser, MDR 1979, 628 lehnt die erweiterte Anwendung der HausratsVO als "gewagte Interpretation" ab, hält das Ergebnis jedoch für wünschenswert; ohne eigene Lösung Beitzke, § 12 VII 5, der keinen der Wege der Rechtsprechung und Literatur für voll befriedigend hält.

falls anwendbar ist,¹⁾ einstweilige Anordnungen erlassen.²⁾

Zweifelhaft ist, ob eine einstweilige Anordnung von Amts wegen oder nur auf Antrag erlassen werden kann.

Die h.M.³⁾ geht ohne Begründung davon aus, daß für eine einstweilige Anordnung ein Antrag oder eine Anregung nicht erforderlich sei, das Gericht vielmehr von Amts wegen tätig werden könne.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden; denn dann würde das Gericht faktisch auf eine Scheidung hinwirken, was gegen Art.6 Abs. 1 GG verstoßen würde. Da das Hauptverfahren nicht von Amts wegen eingeleitet wird, besteht auch kein Bedürfnis, von Amts wegen eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Die Ehegatten stehen sich in diesem Hausratsverfahren wie Parteien im Zivilprozeß gegenüber.⁴⁾ Insoweit ist ihnen durchaus zuzumuten, einen entsprechenden Antrag zu stellen oder zumindest eine Anregung zu geben, wenn sie den Erlaß einer einstweiligen Anordnung begehren.⁵⁾

1) OLG Karlsruhe, NJW 1978, 2100 = FamRZ 1978, 896; KG, FamRZ 1982, 272, 273; Rosenberg/Schwab, § 167 I 2 g (S. 1033); Schellhammer, Rz. 1718 u. Rz. 1756

2) OLG Karlsruhe, NJW 1978, 2100; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 252; OLG Köln, FamRZ 1983, 732; Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz. 7; Rolland, § 1361 a BGB, Rz. 16 a

3) Erman/Ronke, § 13 HausratsVO, Rz. 8; Soergel/Häberle, § 13 HausratsVO, Rz. 7; Stollenwerk, in Rahm, IV Rz. 161; Müller-Gindullis in MünchKomm, § 13 HausratsVO, Rz. 13; Rolland, § 13 HausratsVO, Rz. 9; s.a. Fn. 1)

4) Hoffmann/Stephan, vor § 1 HausratsVO, Rz. 2; Soergel/Häberle, vor § 1 HausratsVO, Rz. 1; BGH, FamRZ 1979, 230; Erman/Ronke, § 13 HausratsVO, Rz. 4; Krüger/Breetzke/Nowak, GleichberG, § 18 a HausratsVO, Anm. 3 c

5) Schwab, Handbuch, Rz. 855

Dem entspricht es, daß auch in Eheverfahren eine einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 7 nur auf Antrag ergehen kann.

c) Inhalt der einstweiligen Anordnung

Bei der Frage, ob und welche Maßnahmen das Gericht treffen will und muß, ist das Gericht nicht an den Antrag gebunden. Es handelt sich hier nicht um einen Sachantrag.¹⁾

Auch in diesem Verfahren soll durch die einstweilige Anordnung grundsätzlich die Hauptentscheidung nicht vorweggenommen und keine Regelung getroffen werden, die voraussichtlich von der Endentscheidung abweicht.²⁾

Es muß sich um eine vorläufige Regelung handeln, die noch vor Erlaß einer Endentscheidung erforderlich ist.³⁾

Dabei ist insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen.⁴⁾

1) BGHZ 18, 149, 148; BayObLGZ 1956, 153; Rolland, § 13 HausratsVO, Rz. 3; a.A. wohl Schwab, Handbuch, Rz. 848 (FN 4) und Habscheid, § 51 I 2 unter Hinweis auf den Charakter des Verfahrens als Streitverfahren; letzterer hält jedoch einen Antrag auf Entscheidung nach Ermessen des Gerichts für zulässig.

2) Rolland, § 13 HausratsVO, Rz. 9

3) Kuhnt, AcP 150, 130, 152

4) s.o. S. 34 m.w.N.

aa) Teilung oder gänzliche Zuweisung der Ehewohnung

Im Rahmen der Benutzungsregelung der Ehewohnung wird deshalb häufig eine Teilung der Wohnung in Betracht kommen.

Welche Maßstäbe für eine gänzliche Zuweisung der Wohnung an einen Ehegatten allein anzulegen sind, wird nicht einheitlich beurteilt.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur will entsprechend der für die Zeit vor dem 1.7.1977 einheitlich vertretenen Meinung¹⁾ eine derartige Maßnahme nur dann ergreifen, "wenn auf andere Art und Weise eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit, also eine Bedrohung der physischen oder psychischen Unversehrtheit des anderen Ehegatten oder der seiner Obhut unterstehenden Kinder nicht beseitigt werden kann."²⁾

Häufig ist mit einer solchen Regelung dann das Verbot an den anderen Ehegatten verbunden, die Wohnung zu betreten.³⁾

-
- 1) KG, NJW 1969, 2243 = FamRZ 1969, 650; FamRZ 1972, 39; OLG Düsseldorf, FamRZ 1968, 88; OLG Nürnberg, FamRZ 1969, 100; OLG Celle, FamRZ 1969, 101; Hoffmann/Stephan, § 19 HausratsVO, Rz. 13 m.w.N.
 - 2) OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 53; 1982, 484; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 535; OLG Köln, FamRZ 1980, 275; 1982, 403; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 20; OLG Stuttgart, FamRZ 1977, 816; BGB-RGRK/Graßhoff, § 1564, Rz. 104; Müller-Gindullis in MünchKomm, Ergbd., §§ 14, 15 HausratsVO, Rz. 13 b; Rolland, § 620 ZPO, Rz. 43; Ambrock, § 620 ZPO Anm. I 7 a; Stollenwerk in Rahm, IV, Rz. 161; VI, Rz. 53
 - 3) KG, FamRZ 1972, 39; OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 53; Müller-Gindullis in MünchKomm, § 13 HausratsVO, Rz. 13

Seit Geltung des 1.EheRG wird in Rechtsprechung und Literatur zum Teil eine großzügigere Auffassung vertreten, wonach eine gänzliche Zuweisung an einen der Ehepartner schon dann berechtigt sein soll, wenn diesem ein Zusammenleben mit dem anderen nicht mehr zuzumuten ist, auch wenn eine akute Gefährdung nicht besteht.¹⁾

Zweifelhaft ist schon, ob man für das Hauptverfahren der weiteren Auffassung folgen kann, da derartige Maßnahmen einen schwerwiegenden Eingriff in den grundsätzlich geschützten Lebensbereich des betroffenen Ehegatten darstellen. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes jedoch müssen strenge Maßstäbe angelegt werden, da sonst die Vorläufigkeit der Maßnahme nicht mehr gegeben wäre und leicht endgültige Verhältnisse geschaffen würden.²⁾

bb) Zusätzliche Maßnahmen

Soweit das Gericht zu einer vorläufigen Regelung der Benutzung der Ehewohnung kommt, kann es damit weitere Maßnahmen verbinden, die eine reibungslose Durchführung der Benutzung gewährleisten sollen.

1) OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 132 f; 1978, 711, 712 f; 1981, 1087; 1982, 1220; OLG Hamm, FamRZ 1979, 950; OLG Oldenburg, MDR 1979, 851, 852; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 64; AG Lörrach, NJW 1978, 1330; AG Pforzheim, FamRZ 1978, 710; Zöllner/Philippi, § 620, Anm. 5 b; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 9 B a

2) Auf diese Konsequenz weist auch OLG Hamm, FamRZ 1979, 950 hin; vgl. auch BGB-RGRK/ Graßhoff, § 1564, Rz. 107; OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 53; OLG Stuttgart, FamRZ 1977, 816; Stollenwerk in Rahm, IV, Rz. 161; VI, Rz. 53

Dies gilt insbesondere bei Teilung der Wohnung. So kann das FamG ein Belästigungsverbot,¹⁾ eine Regelung der Telefonbenutzung²⁾ oder ein Rauchverbot für bestimmte Räume³⁾ aussprechen.

Soweit im Zusammenhang mit der Regelung bezüglich der Benutzung der Ehewohnung Maßnahmen gegen Dritte ergriffen werden sollen, etwa ein Verbot, einen Liebhaber zu empfangen, oder ein an diesen gerichtetes Betretungsverbot, ist hierfür das FamG nicht zuständig. Bei diesen sogenannten "Ehestörungsklagen" handelt es sich nach einhelliger Meinung nicht um Hausratsverfahren und auch nicht um Ehesachen im Sinne von § 606.⁴⁾ Diese Verfahren sind auf den Personenkreis der

-
- 1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 320; OLG Hamburg, FamRZ 1978, 804; OLG Saarbrücken, FamRZ 1981, 64; OLG Hamm, NJW 1982, 1108; Walter, FamRZ 1979, 681, 682 = Neuer Prozeß, S.187 f; Zöllner/Philippi, § 620, Rz. 64
 - 2) KG, OLGZ 72, 60 = NJW 1971, 1414; OLG Karlsruhe, FamRZ 1967, 45; OLG Hamburg, MDR 1967, 495
 - 3) OLG Celle, FamRZ 1977, 203
 - 4) BGHZ 6, 360 ff. = NJW 1952, 975 = LM Af Nr.1 b zu § 823 BGB; NJW 1952, 1136; FamRZ 1956, 50; FamRZ 1963, 553, 555; BGHZ 34, 80 ff. = FamRZ 1961, 112 = NJW 1961, 504; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 577 m.w.N.; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 139 = Die Justiz 1980, 365; OLG Braunschweig, FamRZ 1971, 648; John, Familienrecht, Rz. 58, verneint wegen des Ausschlusses des Rechtszwanges im Verhältnis der Ehegatten untereinander die Zuerkennung von vollstreckbaren Unterlassungsansprüchen überhaupt gegen jede Art der Ehestörung. - Als Rechtsgrundlage für einen vollstreckbaren Unterlassungsanspruch gegen den Ehepartner auf Unterlassung von Ehestörungen kommen § 823 Abs. 1 BGB, Art. 6 GG oder § 823 Abs. 2 BGB in Betracht; jeder Ehegatte hat einen Anspruch auf Schutz des räumlich-gegenständlichen Ehebereichs. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Ehesache gemäß § 606.

Ehegatten und der ehelichen Kinder beschränkt.¹⁾

d) Vorläufiger Rechtsschutz in einem selbständigen Verfahren während der Anhängigkeit einer Ehesache

Es stellt sich nun die Frage, ob bei Anhängigkeit einer Ehesache ein vorläufiger Rechtsschutz in einem selbständigen Verfahren zulässig ist. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob eine Zuweisung der Wohnung für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens gewollt ist oder ob eine Dauerzuweisung für die Zeit nach rechtskräftiger Ehescheidung angestrebt wird.²⁾

aa) Regelung während der Dauer des Eherechtsstreits

Für eine Regelung während der Dauer des Eherechtsstreits kommt eine analoge Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO in Betracht.

Ein derartiges isoliertes Verfahren parallel zu einem Eheverfahren wird, soweit ersichtlich, nur von Lynker³⁾ geprüft und für zulässig gehalten. Voraussetzung ist auch dabei, daß man zu einer analogen Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO kommt.

Hier fehlt es aber bereits an einer Regelungslücke. Nach Anhängigkeit einer Ehesache sieht das Gesetz selbst in § 620 S. 1 Nr. 7 die Möglichkeit einer einstweiligen Regelung an der Ehesache vor.

1) Vogel, AnwBl 1980, 398, 404

2) Lynker, JurBüro 1979, 955, 963

3) a.a.O.

Für eine Analogie ist deshalb in diesem Verfahrens-
stadium kein Bedürfnis gegeben.¹⁾

**bb) Regelung für den Fall der Scheidung und für
die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung**

Die Voraussetzungen einer Regelung für den Fall
der Scheidung und für die Zeit nach Rechtskraft
der Scheidung richten sich nach §§ 1 ff. Hausrats-
VO. Dieses Verfahren ist gemäß § 623 ein Verbund-
verfahren. Als selbständiges Verfahren ist es
daher nur denkbar, wenn der Antrag nicht rechtzei-
tig gemäß § 623 Abs. 2 gestellt worden ist, nach
Abschluß des Scheidungsverfahrens sowie neben
einem Verfahren auf Aufhebung oder Nichtigerklärung
der Ehe, § 25 HausratsVO.²⁾

Läuft ein derartiges selbständiges Hausratsverfah-
ren parallel zu einer Ehesache, so kann das FamG
auch in diesem Verfahren eine einstweilige Anordnung
gemäß § 13 Abs. 4 HausratsVO erlassen. Diese Mög-
lichkeit ist nicht durch § 620 S. 1 Nr. 7 ausge-
schlossen.³⁾

-
- 1) Gernhuber, § 19 III 6, der aber ohnehin ein
Verfahren analog §§ 1361 a BGB, 18 a HausratsVO
ablehnt.
 - 2) Stollenwerk in Rahm, IV, Rz. 151; Soergel/Häberle,
§ 1 HausratsVO, Rz. 4; Kissel, Bd.2, S. 168
 - 3) Erman/Heckelmann, § 1361 a, Rz. 5; Zöller/
Philippi, § 620 Rz. 27; a.A. Müller-Gindullis
in MünchKomm, Ergb., § 13 HausratsVO, Rz.13;
Stein/Jonas/Schlosser, § 620, Rz. 9; § 620 a,
Rz. 14

Anderer Ansicht ist das OLG Stuttgart.¹⁾ Danach kommt eine auf die HausratsVO gestützte einstweilige Anordnung nicht in Betracht, da aus der Streichung von § 19 HausratsVO und der neu geschaffenen Möglichkeit, gemäß § 62o S. 1 Ziff. 7 die Benutzung der Ehewohnung und des Hausrats zu regeln, entnommen werden müsse, daß eine Regelungsbefugnis des Richters bezüglich der Ehewohnung und des Hausrats im Wege der einstweiligen Anordnung während des Ehescheidungsverfahrens nur noch aus § 62o S. 1 Nr. 7 hergeleitet werden könne.

Diese Folgerung kann jedoch aus der Streichung des § 19 HausratsVO nicht gezogen werden. § 19 HausratsVO ist durch § 62o überflüssig geworden und nur als besondere Norm außerhalb des BGB und der ZPO fortgefallen.²⁾

Die Streichung von § 19 HausratsVO sagt nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von einstweiligen Anordnungen in einem parallel zu einer Ehesache betriebenen selbständigen Verfahren nach der HausratsVO aus. Insoweit gilt nichts anderes als für Familiensachen nach § 62l Abs. 1 Nr. 1 - 3. Wie dort gilt auch hier das Prinzip der Alternativität.³⁾

1) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 686, 687

2) Bosch, FamRZ 1977, 203 (Anm. zu OLG Celle, FamRZ 1977, 203)

3) Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 37 f; s.o. B II 3 b

2. Rechtsschutz in Verfahren auf Teilung des Haustrats

a) Vor Anhängigkeit einer Ehesache

Hinsichtlich des Haustrats können nach §§ 18 a, 13 Abs. 4 HaustratsVO in Verbindung mit der materiell-rechtlichen Grundlage des § 1361 a BGB¹⁾ vor Anhängigkeit einer Ehesache bei Getrenntleben der Ehegatten in einem isolierten Verfahren eine vorläufige Benutzungsregelung und Verteilung des Haustrats erfolgen. Eine endgültige Zuweisung und Übereignung ist allerdings nur in einem Verfahren nach §§ 1 ff. HaustratsVO möglich.²⁾

b) Bei Anhängigkeit einer Ehesache

Ist ein Eheverfahren anhängig, so stellt sich die Frage, ob dann ein Verfahren nach §§ 18 a HaustratsVO, 1361 a BGB und damit auch eine einstweilige Anordnung nach § 13 Abs. 4 HaustratsVO wegen § 620 S.1 Nr.7 ausgeschlossen sind. Stein/Jonas/Schlösser³⁾ bejahen dies, weil bereits das Verfahren nach §§ 18 a HaustratsVO, 1361 a BGB keinerlei Vorteile gegenüber einem Verfahren nach § 620 S. 1 Nr.7 aufweise.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

1) Erman/Ronke, §§ 18 a, 13 Abs. 4 HaustratsVO, Rz. 7

2) Wacke, in MünchKomm, § 1361 a, Rz. 10; Soergel/Lange, § 1361 a, Rz. 5; BGB-RGRK/Scheffler, § 18 a HaustratsVO, Anm. 1; OLG Köln, MDR 1958, 851; MDR 1968, 762; OLG Düsseldorf, FamRZ 1983, 164

3) Stein/Jonas/Schlösser, § 620 a, Rz. 14

Ein Verfahren nach §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB ist gegenüber einem Verfahren nach § 620 S.1 Nr.7 verfahrensrechtlich anders ausgestaltet und neben einem Eheverfahren zulässig.

Dies war bereits zu § 627 a.F. anerkannt.¹⁾

Auch für das neue Recht ist das Rechtsschutzbedürfnis für ein selbständiges Verfahren nach §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB und innerhalb dessen für eine einstweilige Anordnung nach § 13 Abs.4 HausratsVO parallel zu einer Ehesache zu bejahen. Die einstweilige Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr.7 führt aufgrund einer nur summarischen Beurteilung zu einer vorläufigen, der materiellen Rechtskraft nicht fähigen Entscheidung. Bei dem Verfahren nach §§ 18 a HausratsVO, 1361 a BGB handelt es sich jedoch um ein ordentliches Hauptverfahren mit den für ein Hauptverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Verfahrensprinzipien.²⁾ Ein Rechtsschutzbedürfnis liegt insbesondere dann vor, wenn die Ehegatten an einer gerichtlichen Regelung für die Zeit nach der Auflösung nicht interessiert sind, sondern nur eine gerichtliche Regelung für die Zeit des Getrenntlebens wollen.

1) OLG Hamm, FamRZ 1968, 648; Erman/Bartholomeyczik, 5.Aufl., 1972, § 1361 a, Rz. 5

2) Rolland, § 1361 BGB, Rz. 18; Soergel/Häberle, § 18 a HausratsVO, Rz. 5; Soergel/Lange, § 1361 a, Rz. 14; Wacke, in MünchKomm, § 1361 a, Rz. 18

Dieses Verfahren kann auch nicht als Verbundsache weitergeführt werden; es handelt sich nicht um eine Folgesache, weil keine Entscheidung "für den Fall der Scheidung" begehrt wird.¹⁾

Wird eine Ehesache anhängig und ist bereits bei einem anderen Gericht ein Verfahren nach § 18 a HausratsVO, § 1361 BGB anhängig, so wird dieses Verfahren, gemäß § 621 Abs. 3 an das Gericht der Ehesache verwiesen, dort aber als isoliertes Verfahren fortgeführt.²⁾

3. Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen in Hausratsverfahren

In der HausratsVO fehlt eine ausdrückliche Regelung darüber, ob einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO angefochten werden können. In Betracht kommt das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 19 FGG.

a) Unbefristete Beschwerde nach § 19 FGG

Die Zulässigkeit einer Beschwerde nach § 19 FGG gegen einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO war und ist umstritten. Der BGH hat diese Frage in seiner Entscheidung vom 27.9.1978 zur Anfechtbarkeit von vorläufigen Anordnungen³⁾ ausdrücklich offengelassen.

1) Müller-Gindullis in MünchKomm, § 18 a HausratsVO, Rz. 2; Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz. 9

2) Erman/Ronke, § 18 a HausratsVO, Rz. 9; so auch BGH, NJW 1979, 1508 = FamRZ 1979, 472 zum Parallelproblem bei Prozeßkostenvorschuß und Unterhalt.

3) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des 1. EheRG

Vor Inkrafttreten des 1. EheRG ging die weitaus überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur von der Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen aus.¹⁾ Diese Meinung folgte aus § 14 Abs. 1 S. 1 HausratsVO a.F. "gegen die Entscheidung des Amtsgerichts ist die sofortige Beschwerde zulässig", daß der Rechtsmittelweg "nur" für Endentscheidungen eröffnet sei.²⁾

Nur eine Mindermeinung hielt einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO für anfechtbar.³⁾

-
- 1) OGH Britz OGHZ 1, 400 = NJW 1949, 582 = MDR 1949, 741; LG Berlin, JR 1948, 449; SchlHolst OLG, SchlHA 1951, 108; OLG Celle, SchlHA 1969, 130 (unter Aufgabe der abweichenden Ansicht in MDR 1948, 480 = NdsRpfl 1948, 193); BayObLGZ 52, 2 = NJW 1952, 588 = JZ 1952, 184; BayObLGZ 71, 59 = FamRZ 1971, 256; OLG Hamm, Rpfleger 1958, 155; KG OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1975, 571 = MDR 1966, 54; Hoffmann/Stephan, § 13 HausratsVO Rz. 32; Erman/Ronke (5. Aufl.), § 13 HausratsVO, Rz. 8; Vogel, JR 1949, 434; Breithaupt, NJW 1949, 370; Achilles/Greiff, § 13 HausratsVO, Anm. 5; Palandt/Diederichsen, (35. Aufl.), § 13 HausratsVO Anm. 1; BGB-RGRK/Scheffler, § 13 HausratsVO, Anm. 26; Keidel (9. Aufl.), § 19 HausratsVO Rz. 28; Müller, JR 1954, 54
 - 2) OGH Britz, OGHZ 1, 400 = NJW 1949, 582 = MDR 1949, 741; BayObLG, FamRZ 1971, 256, 257; OLG Celle, SchlHA 1961, 130; OLG Hamm, Rpfleger 1958, 155
 - 3) SchlHolst. OLG, JR 1947, 57 und JR 1948, 446 (aufgegeben in SchlHA 1951, 108); OLG Celle, NdsRpfl. 1948, 193 (aufgegeben in SchlHA 1961, 130); Kuhnt, MDR 1949, 742 (Anm. zu OGH MDR 1949, 741); AcP 150, 130, 153; Göppinger, JR 1962, 47 f; FamRZ 1971, 584 (Anm. zu BayObLG FamRZ 1971, 256); Baur, FG, § 30 A IV 1 (S. 359).

bb) Rechtslage seit Inkrafttreten des 1. EheRG

Durch das 1. EheRG ist eine gesetzliche Klarstellung nicht erfolgt. Neu gefaßt wurde durch das EheRG allein § 14 HausratsVO, der nunmehr keine eigenständige Darstellung eines Rechtsmittel mehr enthält, sondern sich darauf beschränkt, für die Anfechtung der den Hausrat betreffenden Endentscheidung nach § 621 e einen Beschwerdewert vorzusehen.¹⁾

(1) Meinungsstand

Ein großer Teil der Rechtsprechung sowie der Literatur hält weiterhin einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO für grundsätzlich unanfechtbar.²⁾ Diese Ansicht läßt Ausnahmen von der Unanfechtbarkeit nur dann zu, wenn eine Entscheidung dieses Inhalts überhaupt nicht vorgesehen ist, wenn also eine "greifbare Gesetzwidrigkeit" vor-

1) Rolland, § 14 HausratsVO Rz. 1

2) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 816 = Die Justiz 1978, 75; FamRZ 1978, 362 (LS); OLG Hamm (5.FamS), FamRZ 1978, 257; (1.FamS) FamRZ 1978, 361, 362; 1982, 264; OLG Düsseldorf (1.FamS), FamRZ 1978, 257; (2.FamS), FamRZ 1977, 825; (4.FamS) FamRZ 1979, 620; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 174; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 902; 1983, 518; OLG Oldenburg, NdsRpfl. 1979, 122; OLG Karlsruhe, FamRZ 1982, 274; OLG Köln, FamRZ 1983, 622; Müller-Gindullis, in MünchKomm, § 13 HausratsVO, Ergbd, Rz. 14; Keidel/Kuntze/Winkler, § 64 a Rz. 52 b; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 e Anm. 5 a; Erman/Ronke, § 13 HausratsVO, Rz. 8 (hält allerdings im Interesse der Gleichbehandlung ein § 620 c entsprechendes Rechtsmittel dann für angebracht, wenn die Ehewohnung einem Ehegatten ganz, wenn auch nur auf Zeit, zugewiesen worden ist), vor § 1564 Rz. 21 h; Soergel/Häberle, § 13 HausratsVO, Rz. 8; Stollenwerk in Rahm, VI, Rz. 65; Rosenberg/Schwab, § 167, IV 5 (S. 1037)

liegt.¹⁾

Einige Stimmen in der Literatur²⁾ halten jedoch in entsprechender Anwendung von § 620 c eine sofortige Beschwerde dann für zulässig, wenn der Hausratsrichter die Ehewohnung einem Ehegatten ganz zugewiesen hat, weil es sich in diesem Fall um einen schwerwiegenden Eingriff in den Lebensbereich des betroffenen Ehegatten handele.

Eine im Vordringen befindliche Meinung³⁾ läßt auch gegen einstweilige Anordnungen, die nach § 13 Abs. 4 HausratsVO in einem isolierten Verfahren ergangen sind, das Rechtsmittel der (unbefristeten) Beschwerde zu.

-
- 1) OLG Hamm, FamRZ 1984, 1121; OLG Düsseldorf (9.FamS), FamRZ 1984, 1095 (ohne sich im Ergebnis für oder gegen die Zulässigkeit der Beschwerde zu entscheiden); OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 517, 621; 1980, 386; Erman/Ronke, § 13 HausratsVO, Rz. 8; vor § 1564 Rz. 21 h; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 174; Soergel/Häberle, § 13 HausratsVO, Rz. 8; Müller-Gindullis, in MünchKomm, § 13 HausratsVO Rz. 14; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 567 Anm. 1 C m.w.N.
 - 2) Erman/Ronke, § 13 HausratsVO Rz. 9; Müller-Gindullis in MünchKomm, § 13 HausratsVO, Rz. 14
 - 3) KG, FamRZ 1982, 272; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 902; OLG Düsseldorf (3.FS), FamRZ 1981, 872; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 170; OLG Oldenburg (5. ZS), FamRZ 1982, 273; OLG Bamberg, FamRZ 1981, 1094; OLG Köln, FamRZ 1983, 732; Liermann in Rahm, VII Rz. 127; Zöller/Philippi, 12. Aufl. 1979 § 621 e Anm. II 2, d; Palandt/Diederichsen, § 13 HausratsVO Anm. 1; Rolland, § 13 HausratsVO Rz. 10 d (unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in der Erstauflage); Walter, FamRZ 1979, 663, 668 = Neuer Prozeß, S. 127 f

(2) Stellungnahme

Wie bereits oben dargelegt,¹⁾ ist § 19 FGG in selbständigen Familiensachen auf vorläufige Entscheidungen grundsätzlich anwendbar und wird nicht durch §§ 621 a Abs. 1, 621 e Abs. 1 verdrängt.²⁾ § 621 e erfaßt nicht vorläufige Entscheidungen und Zwischenentscheidungen, sondern regelt nur Besonderheiten des Rechtsmittels gegen Endentscheidungen.³⁾

Die Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO mit der Beschwerde wäre jedoch dann ausgeschlossen, wenn sich aus anderen Bestimmungen ein derartiger Wille des Gesetzgebers feststellen ließe oder wenn der Ausschluß der Anfechtbarkeit im Wege der teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 19 FGG geboten wäre.

(a) § 14 HausratsVO alter und neuer Fassung

Soweit die Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen auf § 14 Abs. 1 S. 1 HausratsVO a.F. gestützt wird, woraus sich ergebe, daß der Rechtsmittelweg "nur" für Endentscheidungen eröffnet sei, so kann dem nicht gefolgt werden. § 14 HausratsVO a.F. bestimmte nur, daß das Rechtsmittel gegen die endgültige Sachentscheidung die sofortige Beschwerde war, besagte aber nichts über die Anfechtbarkeit solcher Verfügungen, die der Endentscheidung vorausgingen. Das Wort "nur" fehlte in § 14 HausratsVO a.F.

1) s. oben S. 89 f

2) BGHZ 72, 169 = FamRZ 1978, 886 = NJW 1979, 39

3) BGH, a.a.O.; Walter, FamRZ 1979, 663, 668 = Neuer Prozeß, S. 128

Bereits zu § 621 e Abs. 1, der eine vergleichbare Regelung trifft (Beschwerde gegen Endentscheidungen), ist ausgeführt worden, daß dieser gesetzlichen Bestimmung eine derartige Schlußfolgerung nicht entnommen werden kann. § 621 e enthält ebenfalls nicht ein "nur".¹⁾

Dieser Argumentation ist jedenfalls mit der Neufassung des § 14 HausratsVO der Boden entzogen worden,²⁾ da § 14 HausratsVO in der Fassung des 1.EheRG nur noch den Beschwerdewert regelt. Im übrigen kann weder der Entstehungsgeschichte der HausratsVO noch dem Gesetzgebungsverfahren bei den späteren Änderungen der HausratsVO entnommen werden, daß der Gesetzgeber eine Anfechtung einstweiliger Anordnungen nicht zulassen wollte.³⁾

(b) Beschleunigungsinteresse

Gegen die Anfechtbarkeit könnte aber das Interesse an einer Beschleunigung des Verfahrens sprechen.⁴⁾ Insoweit kann jedoch zur Begründung nicht auf § 14 HausratsVO a.F. verwiesen werden. Die Einführung der sofortigen Beschwerde in § 14 HausratsVO a.F. war aus Gründen der Rechtsklarheit erforderlich. Da die rechtsgestaltende Entscheidung des Hausrats-

1) Kuhn, MDR 1949, 742 (Anm. zu OGH Britz, MDR 1979, 741); so auch KG, OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571, das dann aber aus anderen Erwägungen eine Anfechtbarkeit nicht für gegeben hält; auf die Parallelität der Argumentation bei § 621 e weist Walter, FamRZ 1979, 663, 668 = Neuer Prozeß, S. 128 hin; OLG Hamm, FamRZ 1982, 274; OLG Schleswig, JR 1948, 448

2) OLG Oldenburg, FamRZ 1982, 273

3) Dies ist vom OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 873 eingehend unter Darstellung der Schaffung der HausratsVO sowie der später ergangenen Änderungen dargelegt worden.

4) KG, FamRZ 1960, 240; OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571; 1966, 239, 240; Göppinger, JR 1962, 47, 48

richters erst mit Rechtskraft wirksam wird, darf im Interesse der Rechtsklarheit die Frage, ob die Entscheidung Bestand hat, nicht auf unbestimmte Zeit in der Schwebe bleiben.¹⁾ So ist die Rechtskraft von Bedeutung dafür, von welchem Zeitpunkt an ein geschiedener Ehegatte Alleineigentümer von Gegenständen des Hausrats ist, sowie für den Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit der Entscheidung, § 16 Abs. 3 HausratsVO.

Zwar läßt sich das Interesse an einer Beschleunigung der hier besprochenen Verfahren nicht leugnen, jedoch darf der Gesichtspunkt der Beschleunigung auch kein Selbstzweck sein. Eine einstweilige Anordnung nach § 13 Abs. 4 HausratsVO kann einen schweren Eingriff in den Lebensbereich des Betroffenen darstellen, insbesondere wenn es um die Benutzung der Ehwohnung geht.²⁾ Gerade für einen solchen Fall muß die erstinstanzliche Entscheidung durch ein übergeordnetes Gericht der Nachprüfung unterzogen werden können.³⁾

(c) Zugehörigkeit der Hausratsverfahren zu den Regelungsstreitigkeiten

Die Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO könnte sich jedoch daraus ergeben, daß das Hausratsverfahren zur Gruppe der sogenannten Regelungsstreitigkeiten

1) s. Fn. 4 S. 154

2) Diese Situation kann allerdings nach der Auffassung, die eine Regelungsbefugnis bezüglich der Wohnung vor Einleitung eines Eheverfahrens ablehnt, nicht eintreten, OLG Hamm, FamRZ 1982, 274 f

3) Liermann in Rahm, VII Rz. 127; OLG Köln, FamRZ 1983, 732

im Rahmen der echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört und in diesen Verfahren mit Ausnahme der HausratsVO ausdrücklich bestimmt ist, daß einstweilige Anordnungen nicht selbständig, sondern nur zusammen mit der Endentscheidung angefochten werden können, § 18 Abs. 2 S. 3 VHG; § 44 Abs. 3 WEG; § 53 a Abs. 3 FGG.¹⁾ Zur Gruppe der Regelungsstreitigkeiten werden das Vertragshilfeverfahren, das Verfahren nach den §§ 1382, 1383 BGB, 53 a FGG und Verfahren über Streitigkeiten nach dem WEG, §§ 43 ff. WEG, gezählt.²⁾ In diesen Verfahren soll ein gestörtes Rechtsverhältnis durch richterliche Hilfe neu geordnet und zweckmäßig geregelt werden. Die Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen im Wohnungs- und Hausratsauseinsetzungsverfahren wird nun damit begründet, daß für die HausratsVO eine den §§ 18 Abs. 2 S. 3 VHG; § 44 Abs. 3 WEG; § 53 a Abs. 3 FGG entsprechende Regelung vergessen worden sei.³⁾

Diese Auffassung sieht sich bestätigt durch die amtliche Begründung zur HausratsVO, in der es in § 13 heißt:

"Die Verfahrensbestimmungen, die § 13 in seinen ersten vier Absätzen enthält, entsprechen den Vorschriften, die für die richterliche Vertragshilfe in anderen Fällen gelten (Bereinigung alter Schulden, Vertragshilfe aus Anlaß des Krieges usw.)"⁴⁾

-
- 1) so KG, OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 257; OLG Hamm, FamRZ 1978, 361; 1978, 257; 1982, 274; Baur, FG, § 3 A IV 3 c
 - 2) OLG Stuttgart, FamRZ 1977, 816; OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 620; 1978, 257; OLG Hamm, FamRZ 1978, 361; 1982, 274
 - 3) s. o. Fn. 1
 - 4) DJ 1944, 278, 281 - zitiert bei OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 873

Wegen der nach Gegenstand und Zweck des Verfahrens bestehenden Wesensgleichheit der genannten Regelungenstreitigkeiten sei eine unterschiedliche Regelung der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nicht gerechtfertigt. Daher sei es geboten, die gesetzlichen Regelungen über die Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen in den anderen Vertragshilfeverfahren im Wege der Analogie auf einstweilige Anordnungen im Hausratsverfahren anzuwenden.¹⁾

Dieser Argumentation kann jedoch ebenfalls nicht gefolgt werden.

Der amtlichen Begründung kann allenfalls entnommen werden, daß eine Analogiebildung nicht ausgeschlossen ist.²⁾ Zwar entspricht § 13 HausratsVO der Vorschrift der richterlichen Vertragshilfe; eine dem § 18 Abs. 2 VHG entsprechende Bestimmung ist in den Text der HausratsVO jedoch nicht aufgenommen worden. Dies spricht als Argument "e contrario" eher gegen als für eine analoge Anwendung.³⁾ Bedenken bestehen jedoch schon hinsichtlich einer durch Analogie zu schließenden planwidrigen Regelungslücke. Eine solche liegt dann nicht vor, wenn das Schweigen des Gesetzgebers auf der Annahme beruht, einstweilige Anordnungen seien selbständig anfechtbar, wie das nach § 19 FGG grundsätzlich der Fall ist.⁴⁾ Das Kammergericht⁵⁾ geht aufgrund der amtlichen Begründung von einer Regelungslücke

1) KG, OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571; OLG Hamm, FamRZ 1978, 257; 1978, 361; 1982, 274; RPfleger 1958, 155; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 257; BayObLG FamRZ 1971, 256, 257

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 873

3) Liermann, in Rahm, VII, Rz. 127

4) BayObLG FamRZ 1971, 256, 257; KG, OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571, 573

5) s. Fn. 4

aus, weil der Gesetzgeber einerseits übersehen habe, daß die Frage der Anfechtbarkeit durch eine ausdrückliche Bestimmung hätte geregelt werden müssen, der Gesetzgeber andererseits aber die Frage auch nicht durch die allgemeine Verweisung des § 13 Abs. 1 HausratsVO auf die Vorschriften des FGG habe lösen wollen.

Aus welchen Gründen der Verordnungsgeber eine ausdrückliche Regelung unterlassen hat, ist nicht mehr aufklärbar. Zum Zeitpunkt des Erlasses der HausratsVO galt die 2.KriegsmaßnahmenVO vom 27.9.1944.¹⁾ § 9 Abs. 1 dieser VO machte die Zulässigkeit der Beschwerde auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit davon abhängig, daß sie in der Entscheidung zugelassen wurde. Denkbar ist, daß der Verordnungsgeber wegen dieser bereits bestehenden Regelung von einer ausdrücklichen Regelung der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen abgesehen hat; denkbar ist jedoch ebenso gut, daß eine sorgfältige Ausarbeitung der HausratsVO wegen der Kriegswirren unterblieben ist.²⁾

Auch in dem pauschalen Hinweis auf die Verfahrensvorschriften des VHG in der amtlichen Erläuterung zur HausratsVO offenbart sich nicht eindeutig der Wille des Verordnungsgebers, Rechtsmittel gegen einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs.4 HausratsVO von vornherein auszuschließen.

Die Tatsache, daß die anderen Regelungsstreitigkeiten eine Bestimmung enthalten, nach der einst-

1) RGB1 I 229

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 873

weilige Anordnungen nicht oder nur zusammen mit der Endentscheidung angefochten werden können, reicht ebenfalls nicht aus, das Fehlen einer entsprechenden Regelung für das Hausratsverfahren als ein Versehen des Ordnungsgebers zu betrachten und nunmehr die analoge Anwendung anderer Vorschriften für zulässig zu erachten. Hierfür ist weitere Voraussetzung, daß das Gesetz den erkennbaren Willen und die Vorstellungen des Gesetz- und Ordnungsgebers, insbesondere hinsichtlich des mit der Vorschrift verfolgten Zweckes, nicht zum Ausdruck bringt und zu einem offenbar unbefriedigenden oder sogar sinnwidrigen Ergebnis führt.¹⁾

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtsmittel innerhalb der Gruppe der sogenannten Regelungsstreitigkeiten würde dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit nur dann widersprechen, wenn dies zu rechtlichen Ungereimtheiten führen und als Störungen einer einheitlich konzipierten Verfahrensgestaltung empfunden werden müßte. Dies ist hier nicht der Fall. Die Verfahren der Gruppe der Regelungsstreitigkeiten beziehen sich inhaltlich auf sehr weit voneinander entfernt liegende Lebenssachverhalte.²⁾ In den anderen Regelungsstreitigkeiten sind die möglichen einstweiligen Anordnungen grundsätzlich nur darauf gerichtet, einen bestehenden Zustand im Interesse des Rechtsfriedens vorläufig zu regeln oder zu verhindern, daß durch eine Veränderung der Sachlage der Endentscheidung vorgegriffen wird.³⁾

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 874

2) OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 902; OLG Bamberg, FamRZ 1981, 1094, 1095; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 874

3) KG, OLGZ 1965, 233 = FamRZ 1965, 571, 572

Um einen faktischen Vorgriff auf die mit der Endentscheidung herbeizuführende Regelung handelt es sich jedoch typischerweise bei einstweiligen Anordnungen, die dem Ehegatten einen Hausratsgegenstand zur Benutzung zuweisen oder ihm aufgeben, vorläufig die Wohnung zu räumen.¹⁾ Auch wenn der Ausschluß aus der ehelichen Wohnung nur vorläufigen Charakter hat, kommt die hierauf gerichtete einstweilige Anordnung in ihrer Wirkung für die Dauer des Verfahrens der Endentscheidung gleich und kann faktisch enteignenden Charakter haben. Die einstweilige Anordnung nach § 13 Abs. 4 HausratsVO kann somit in erheblich stärkerem Maße in die persönliche Lebenssphäre des Betroffenen eingreifen, als dies durch Anordnungen in anderen Regelungstreitigkeiten denkbar ist.

Die Ähnlichkeit zu den einstweiligen Anordnungen in den anderen Regelungstreitigkeiten ist somit nicht größer als zu anderen einstweiligen Anordnungen in Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sind diese aber anfechtbar, so liegt es nahe, den Ausschluß der Anfechtbarkeit eng zu sehen. Daher liegt eine Interpretation per argumentum e contrario näher als ein Analogieschluß.²⁾ Auch die Schwere der möglichen Rechtsbeeinträchtigung spricht für die Zulässigkeit der Beschwerde.

(d) § 621 e

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer (unbefristeten) Beschwerde nach § 19 FGG im Hinblick darauf, daß gemäß § 621 e gegen die Endentscheidung nur eine befristete Beschwerde zulässig ist, greifen, wie bereits oben dargelegt,³⁾ im Ergebnis nicht durch. Für die Anfechtbarkeit der Endentscheidung

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 874

2) OLG Bamberg, FamRZ 1981, 1094, 1095; Liermann in Rahm, VII Rz. 127

3) s.o. B II 5, a, cc, (5)

in Hausratsverfahren ist das Rechtsmittel im Interesse der Rechtsklarheit befristet. Dieser Gesichtspunkt ist für die einstweilige Anordnung entbehrlich, weil sie mit der Endentscheidung gegenstandslos wird.¹⁾ Eine fristgebundene Beschwerde zur Anfechtbarkeit der einstweiligen Anordnungen ist auch ihrer Natur nach nicht geeignet, weil dann die einstweilige Anordnung vom erlassenden Gericht gemäß § 18 Abs. 2 FGG nicht mehr geändert werden könnte. Sie muß jedoch jederzeit einem geänderten Bedürfnis angepaßt werden können.²⁾

(e) Zwischenergebnis

Da die Beschwerde gegen einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist und sich ein Ausschluß auch nicht im Wege des Analogieschlusses ergibt, ist gegen eine solche einstweilige Anordnung die unbefristete Beschwerde gemäß § 19 FGG statthaft.

b) Weitere Beschwerde

Bejaht man die Möglichkeit einer einfachen Beschwerde gegen einstweilige Anordnungen nach § 13 Abs. 4 HausratsVO, so stellt sich die Frage, ob gegen Beschwerdeentscheidungen eine weitere Beschwerde zulässig ist.

Nach § 621 e Abs. 2 S. 2 findet in anderen Familiensachen die weitere Beschwerde außer im Fall der Zulassung nur statt, wenn das OLG die Beschwerde als unzulässig verworfen hat. Angesichts des

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 872, 875

2) BGHZ 39, 162, 168

unklaren Wortlauts ist streitig, ob Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 7 und 9 schlechthin von der weiteren Beschwerde ausgeschlossen sind oder ob bei Verwerfung der Beschwerde als unzulässig die weitere Beschwerde statthaft ist.¹⁾ Der Begründung zum Regierungsentwurf kann die Intention des Gesetzgebers entnommen werden, daß für Verfahren nach der HausratsVO der Rechtsmittelzug beim OLG als zweite Instanz enden soll.²⁾ Der Gesetzgeber hielt in den in § 621 e Abs. 1 bezeichneten Verfahren einen zweistufigen Instanzenzug zur Wahrung der Interessen der Beteiligten für ausreichend. Lediglich in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung wollte er zur Wahrung der Rechtseinheit eine Anrufung des BGH zulassen und hat deshalb die weitere Beschwerde von einer Zulassung durch das OLG abhängig gemacht. Der Ausschluß der weiteren Beschwerde in Ehewohnungs- und Hausratssachen ist damit begründet worden, daß es sich dabei um Billigkeitsentscheidungen handele, bei denen keine grundsätzlich bedeutenden Rechtsfragen auftreten.³⁾

-
- 1) Dafür: Walter, FamRZ 1979, 663, 664 = Neuer Prozeß S. 112 f; Der Prozeß, S. 153; Brüggemann, FamRZ 1977, 1, 21 (FN 85 a); Schwab, Handbuch, Rz. 853; Liermann in Rahm, VII Rz. 273; Thomas/ Putzo, 10. Aufl., § 621 e Anm. 3 a (aufgegeben in 12. Aufl., § 621 e Anm. 3 a);
Dagegen: BGH, FamRZ 1980, 234 = NJW 1980, 402; BGH, FamRZ 1979, 230 = Rpfleger, 1979, 98; BGH, FamRZ 1980, 670; Stein/Jonas/Schlösser, § 621 e Rz. 7; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 e Anm. 3 B; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 621 e ZPO Anm. 22; Habscheid, FG, § 50 I 2 (S. 259); Ambrock, § 621 e Anm. 4 (S. 570 f); OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 47 = NdsRpfl 1978, 13
- 2) BegrRegE, BT-Drucks. 7/650, S. 82 f; 2. Bericht und Antrag des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/4361, S. 25
- 3) Begr.RegE a.a.O.

Gegen eine Zulassung der weiteren Beschwerde auch in Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 7 für den Fall der Verwerfung der Beschwerde als unzulässig spricht weiterhin die Rechtsmittelsystematik der ZPO. Nach dieser kann eine Entscheidung der zweiten Instanz, durch die ein Rechtsmittel als unzulässig verworfen worden ist, nur in den Fällen nachgeprüft werden, in denen auch gegen eine sachliche Entscheidung des Rechtsmittelgerichts die Revision oder weitere Beschwerde zulässig wäre oder doch zumindest vom Berufungs- oder Erstbeschwerdegericht zugelassen werden könnte.¹⁾

Darüber hinaus sprechen gegen die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde dieselben Gesichtspunkte, die auch gegen eine weitere Beschwerde gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts bezüglich vorläufiger Anordnungen in anderen FGG-Familien-sachen sprechen.²⁾

Aus diesen Gesichtspunkten ist daher eine weitere Beschwerde in Verfahren nach der HausratsVO nicht statthaft.

1) BGH, FamRZ 1980, 234, 235 = NJW 1980, 402;
BGH, LM, § 545 ZPO Nr. 19 = NJW 1968, 699
(keine Revision gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entschieden wird, auch wenn es sich um die Unzulässigkeit der Berufung handelt.)

2) s.o. S. 100 ff.

V. Vorläufiger Rechtsschutz in Verfahren gemäß
§§ 1382, 1383 BGB

Die Vorschrift des § 1382 BGB über die Stundung von Zugewinnausgleichsforderungen enthält eine besondere Art richterlicher Vertragshilfe und ergänzt § 1381 BGB mit dem Ziel, zugunsten des Schuldners die Ausgleichsforderung Billigkeitskorrekturen zu unterwerfen.¹⁾

§ 1383 BGB - Übertragung von Vermögensgegenständen des Schuldners unter Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung - stellt ein Billigkeitskorrektiv zugunsten des Gläubigers dar.²⁾

Das Verfahren nach den §§ 1382 f. BGB ist ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 621 a Abs. 1 S. 1. Es kann als selbständiges Verfahren und auch als Verbundverfahren betrieben werden sowie innerhalb eines Zugewinnausgleichsverfahrens, das seinerseits wiederum selbständig oder als Folgesache möglich ist.³⁾

Wird die Stundung einer unbestrittenen Ausgleichsforderung in einem selbständigen Verfahren beantragt, ist zur Entscheidung hierüber der Rechtspfleger funktionell zuständig; in allen anderen Fällen entscheidet der Richter, wie sich aus § 14 Nr.2 RpfLG ergibt.⁴⁾

1) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 2; Palandt/Diederichsen, § 1382 Anm. 3; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 6

2) Gernhuber in MünchKomm, § 1383 Rz. 2; Erman/Heckelmann, § 1383 Rz. 2

3) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 29; § 1383, Rz. 19; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 33; Palandt/Diederichsen, § 1382 Anm. 3 und 4; Erman/Heckelmann, § 1382 Rz. 2

4) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 30; Palandt/Diederichsen, § 1382 Anm. 3 und 4; § 1383 Anm. 3

1. Vorläufiger Rechtsschutz

Der einstweilige Rechtsschutz ist in § 53 a Abs.3 FGG gesetzlich geregelt. Das mit der Hauptsache befaßte Gericht - gegebenenfalls also auch das Gericht zweiter Instanz - kann danach einstweilige Anordnungen treffen, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht.¹⁾

a) Antragserfordernis

Nach nahezu einhelliger Meinung ist der Erlaß der einstweiligen Anordnung nicht von einem Antrag abhängig.²⁾

Eine Begründung findet sich bei den Vertretern dieser Ansicht nicht. Da sich die Parteien mit widerstreitenden Interessen gegenüberstehen, ist zweifelhaft, ob tatsächlich ein antragsunabhängiges Eingreifen des Gerichtes angebracht ist. Das Verfahren ist nicht auf Durchsetzung eines öffentlichen Interesses gerichtet; daher erscheint es sachgerecht, den Erlaß einer einstweiligen Anordnung von einem Antrag des Beteiligten abhängig zu machen.³⁾

Auch die h.M. schränkt die Möglichkeit des Einschreitens von Amts wegen dahin ein, daß ohne

1) BGB-RGRK/Finke, § 1382 Rz. 17; Bumiller/Winkler, § 53 a Anm. 5; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 a Rz. 10; Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz.44; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 66; Bassenge/Herbst, § 53 a Anm. 6

2) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 44; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 26; Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 29, BGB-RGRK/Finke, § 1382 Rz. 17; Keidel/Kuntze/Winkler, § 53 a Rz. 10; Jansen, § 53 a Anm. 12; Stollenwerk in Rahm, VI Rz.66

3) Breetzke in Krüger/Breetzke/Nowack, § 53 a FGG Rz. 4

Antrag oder wenigstens Anregung durch eine der Parteien als Hüter des eigenen Interesses regelmäßig kein Bedürfnis für eine einstweilige Anordnung besteht.¹⁾

b) Inhalt

aa) Verfahren nach § 1382 BGB

Welche Anordnungen erlassen werden können, richtet sich neben dem damit verfolgten Zweck auch danach, ob die Ausgleichsforderung bestritten ist oder nicht. Bei unbestrittener Ausgleichsforderung ist für eine einstweilige Anordnung erheblich mehr Raum als bei bestrittener Ausgleichsforderung.²⁾

Als sachdienliche Maßnahme kommt eine Aussetzung von Zahlungspflichten in Betracht, die mit einer Verpflichtung zur Verzinsung, zur Sicherheitsleistung und zur Ratenzahlung verbunden werden kann³⁾ und damit auch die Interessen des Gläubigers berücksichtigt.

Allerdings darf eine Sicherheitsleistung nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen angeordnet werden, weil der Schuldner gemäß § 53 a Abs. 3 S. 2 FGG diese Maßnahme anders als bei Arrest oder einstweiliger Verfügung erst mit der Endentscheidung anfechten kann.⁴⁾

1) Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 31; Gernhuber in MünchKomm. a.a.O.; BGB-RGRK/Finke, a.a.O.; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.

2) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 46

3) Gernhuber in MünchKomm, § 1382 Rz. 46; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 26; Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 82

4) Erman/Heckelmann, § 1382 Rz. 4

Bei unbestrittener Forderung kann auch die Verpflichtung zur Zahlung von Teilbeträgen, verbunden mit einer Ratenzahlungsanordnung, ausgesprochen werden.¹⁾

Liegt über die Ausgleichsforderung bereits ein rechtskräftiger Titel vor, können in Verfahren nach § 1382 Abs. 6 BGB oder bei erst nachträglichem Eintreten der Stundungsvoraussetzungen auch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen angeordnet werden.²⁾

bb) Verfahren nach § 1383 BGB

In Verfahren nach § 1383 BGB kommen insbesondere Verfügungsverbote gemäß § 136 BGB in Betracht, ferner die Herausgabe einer vom Gläubiger geforderten Sache an einen Sequester oder deren Hinterlegung, um einen gutgläubigen Erwerb durch Dritte auszuschließen.³⁾

Das FamG kann desweiteren die Zwangsvollstreckung aus einem Zahlungstitel des Gläubigers einstweilen einstellen oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufheben; die Berechtigung hierfür ergibt sich

1) Dölle, Bd. I S. 829; Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 32

2) Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 32; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 37; die Streitfrage, ob neben dieser Möglichkeit noch Vollstreckungsschutz gem. §§ 765 a, 813 a ZPO, § 30 a ZVG durch das Vollstreckungsgericht zulässig ist, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet zu werden, dafür: Dölle Bd. I S. 829; BGB-RGRK/Finke, § 1382 Rz. 20; Erman/Heckelmann, § 1382 Rz. 4; dagegen: Baur, FamRZ 1958, 252, 255; Soergel/Lange, § 1382 Rz. 37; Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 48; Gernhuber in MünchKomm § 1382 Rz. 62; Gernhuber, § 36 V B (S. 387)

3) Staudinger/Thiele, § 1383 Rz. 21; Gernhuber in MünchKomm, § 1383 Rz. 24; Erman/Heckelmann, § 1383 Rz. 3; Soergel/Lange, § 1383 Rz. 24

aus der Erwägung, daß der Gläubiger widersprüchlich handelt, wenn er in voller Höhe vollstreckt und gleichzeitig seine Ersetzungsbefugnis gemäß § 1383 BGB ausübt.¹⁾

Grundsätzlich unzulässig sind einstweilige Anordnungen, die den Schuldner verpflichten, den geforderten Gegenstand dem Gläubiger zu Besitz oder gar zu Eigentum zu überlassen. Hierdurch würde die endgültige Entscheidung vorweggenommen.²⁾

c) Rechtsmittel

Eine Anfechtung der einstweiligen Anordnung ist nach § 53 a Abs. 3 S. 2 FGG nur zusammen mit der Endentscheidung möglich.³⁾ Das Beschwerdegericht kann die Anordnung ändern oder auch gemäß § 24 Abs. 3 FGG die Vollstreckung aussetzen; es kann auch selbst eine einstweilige Anordnung erlassen.⁴⁾

Ist mit der Endentscheidung auch die einstweilige Anordnung angefochten, so ist nur das Beschwerdegericht zur Aufhebung oder Änderung befugt. Das Beschwerdegericht kann eine neue, abweichende einstweilige Anordnung selbst dann erlassen, wenn nur die Endentscheidung angefochten ist.⁵⁾

1) Gernhuber, a.a.O.

2) Gernhuber, a.a.O.;
a.A. (Herausgabe an den Gläubiger in Ausnahmefällen) jedoch ohne Begründung: Soergel/Lange, § 1383 Rz. 14; BGB-RGRK/Finke, § 1383 Rz. 8; Staudinger/Thiele, § 1383 Rz. 21; Furtner, NJW 1965, 373, 377

3) Bumiller/Winkler, § 53 a Anm. 5

4) Soergel/Lange, § 1382 Rz. 26

5) Staudinger/Thiele, § 1382 Rz. 33

2. Vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung/Arrest

Neben der Sicherung des Gläubigers durch eine einstweilige Anordnung des FamG ist für einen vorläufigen Rechtsschutz durch das Prozeßgericht gemäß den §§ 916 ff. kein Raum.¹⁾

Das Verfahren der §§ 1382, 1383 BGB ist eine Gelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit; in diesem Verfahren sind Arrest und einstweilige Verfügung nicht zulässig.²⁾

Die Frage, ob vor Einigung oder rechtskräftiger Entscheidung der Anspruch auf Übertragung von Gegenständen einen gemäß §§ 916 ff. sicherungsfähigen Anspruch darstellt, stellt sich daher nicht.

C. Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen der ZPO

In der ZPO ist der vorläufige Rechtsschutz allgemein in den §§ 916 ff. geregelt; danach ist die Anordnung des Arrestes oder der Erlaß einer einstweiligen Verfügung möglich. Der Arrest dient der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine solche übergehen kann, § 916, die einstweilige Verfügung der Sicherung eines Individualanspruchs und der einstweiligen Regelung eines streitigen

1) Gernhuber in MünchKomm., § 1383 Rz. 25

2) BGH, NJW 1983, 47, 48 = FamRZ 1982, 1200; OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 151; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 Rz. 4 m.w.N.

Rechtsverhältnisses.¹⁾

Im Gegensatz zum vorläufigen Rechtsschutz der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem Verfahren der einstweiligen Anordnung gemäß §§ 127 a, 620 und 621 f handelt es sich dabei um ein selbständiges Verfahren, das nicht voraussetzt, daß ein Hauptverfahren schon anhängig ist oder anhängig gemacht wird.²⁾

I. Vorläufiger Rechtsschutz in Unterhaltsverfahren

Als Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes kommen sowohl der Arrest als auch die einstweilige Verfügung in Betracht. Geht es nur um die Sicherung, nicht jedoch um die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen, so geschieht dies im Wege des Arrests, während einstweilige Regelung und vorläufige Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen mittels einer einstweiligen Verfügung erfolgen können.³⁾

1. Einstweilige Verfügung zur vorläufigen Regelung von Unterhaltsansprüchen

Der vorläufigen Regelung des Unterhalts kommt in der Praxis besondere Bedeutung zu. Dabei geht das Begehren über das bloße Sicherungsinteresse hinaus auf Leistung von Geld. Zwar handelt es sich auch hier nur um eine vorläufige Befriedigung, die der endgültigen Entscheidung nicht vorgreift und bei einer Aufhebung für Geldleistungen unter den

1) Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rz. 4, 42;
Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 1; Baumbach/
Lauterbach/Hartmann, Grundz. § 916 Anm. 2 A, B;
Baur/Stürner, S. 333

2) Vogel, AnwBl. 1980, 398, 405

3) Göppinger/Wax, Rz. 3180

Voraussetzungen des § 945 die Rückzahlung zur Folge hat; jedoch wird diese Erstattung nur in seltenen Fällen verwirklicht werden können, so daß die einstweilige Verfügung im Ergebnis zu einer endgültigen Befriedigung führt.¹⁾

a) Rechtsgrundlage

Es entspricht allgemeiner Meinung, daß eine auf Zahlung von Unterhalt gerichtete einstweilige Verfügung als dritte Art der einstweiligen Verfügung neben der Sicherungs- und Regelungsverfügung zulässig ist, wenn der Gläubiger zur Überwindung einer dringenden, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notlage auf die Erfüllung des Unterhaltsanspruchs angewiesen ist.²⁾ Diese auf vorläufige Befriedigung

-
- 1) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Grundz. vor § 916, Anm. 2 B; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 119 III 3 (S. 663 f)
- 2) RGZ 9, 334, 335; 15, 377; 27, 429, 430 f; 121, 185, 188; OLG Kiel, JW 1933, 2925; OLG Köln, FamRZ 1983, 411; FamRZ 1980, 349; 1980, 390; OLG Düsseldorf, JR 1970, 143; FamRZ 1979, 801; 1980, 157; 1980, 363; 1982, 1229; OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; 1980, 355; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 704 (LS); OLG Schleswig, SchlHA 1979, 41; OLG Bamberg, OLGZ 1971, 438; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 160; OLG Zweibrücken, FamRZ 1982, 413; 1983, 415; 1983, 619; OLG München, NJW 1960, 828; OLG Frankfurt, NJW 1970, 1882; FamRZ 1979, 156; OLG Hamm, NJW 1978, 2515; FamRZ 1980, 816; OLG Celle, FamRZ 1979, 802; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 1117; BVerfG, FamRZ 1980, 872; Göppinger/Wax, Rz. 3180; Harms, FamRZ 1966, 585; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 20; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 Rz. 1, § 940 Rz. 6; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39; Leipold, S. 119 ff.; Rosenberg, § 24 I 2 (S. 1105); Jauernig, ZVP 79, 321, 323; Hamelbeck, ZVP 55, 233; Reinheimer, FamRZ 1969, 388, 389 f; K. Blomeyer, ZVP 65, 53, 63 ff.; Baur, BB 1964, 607, 608 f; Studien, S. 32 f; Gaul, FamRZ 1958, 157; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 "Ehe"; Schuler, NJW 1959, 1801, 1802; Spangenberg, DAVorm. 1982, 647; Köhler, Rz. 747; Palandt/Diederichsen, Einf. zu § 1601 Anm. 6; Hassold, FamRZ 1981, 1036; Schilken, S. 113; Berg, JR 1970, 145; Stollenwerk, in Rahm VI. Rz. 70; Kissel, Bd. 2, S. 121

gerichtete einstweilige Verfügung wird Leistungsverfügung genannt.¹⁾

Da die Leistungsverfügung somit nicht der Sicherung von Unterhaltsansprüchen dient, sondern eine vorläufige Befriedigung bezwecken soll,²⁾ handelt es sich bei diesem Verfahren dem Charakter nach um ein summarisches Erkenntnisverfahren.³⁾

Die einstweilige Verfügung wird allgemein auf § 940 gestützt und mit einer erweiternden Auslegung dieser Vorschrift begründet.⁴⁾

§ 940 schließt nicht aus, im Einzelfall zur Abwendung wesentlicher Nachteile den in bezug auf das Unterhaltsrechtsverhältnis bestehenden Zustand so zu regeln, daß vorübergehend eine Erfüllung der Verbindlichkeit in gewissem Rahmen angeordnet wird, um so die Ermöglichung einer Lebensführung überhaupt zu gewährleisten.⁵⁾

Nur vereinzelt wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, daß sich die Zulässigkeit der Leistungsverfügung aus einer Analogie zu den früheren Regelungen in §§ 1716 BGB, 627 ZPO bzw. jetzt zu den §§ 1615 o BGB, 641 d, 620 S. 1 Nr. 4 und 6 ZPO ergebe.⁶⁾

1) Jauernig, ZJP 79, 321, 323; Baur/Stürner, S. 362

2) OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144

3) Rosenberg, § 214 I 2 (S. 1105); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, vor § 916 Anm. 2 E b

4) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 801; OLG Celle, FamRZ 1979, 802; Schilken, S. 38 f. m.w.N.

5) Schuler, NJW 1959, 1801, 1802; OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 411

6) Grunsky, JurA, 1970, 724, 725; Jauernig, ZJP 79, 321, 338; Spangenberg, DAVorm. 1982, 647, 648; OLG Karlsruhe, JW 1930, 2068; AG Groß-Gerau, MDR 1981, 1026

Diese Ansicht geht davon aus, daß eine Unterhaltsverfügung keine Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis sei; die Entscheidung über den Unterhaltsanspruch sei endgültig, und zwar auch dann, wenn sie nur einen Teil des Anspruchs betreffe.¹⁾

Bei den Vorschriften der §§ 1615 o BGB, 641 d, 62o S. 1 Nr. 4 und 6 ZPO handelt es sich jedoch um Sondervorschriften für ganz bestimmte Lebens- und Rechtssituationen, die mangels Rechtsähnlichkeit nicht allgemein auf eine Leistungsverfügung über Unterhalt angewandt werden können.²⁾ Das Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 62o ist erst zulässig nach Anhängigkeit der Ehesache oder nach Einreichung des Gesuchs um Prozeßkostenhilfebewilligung, in aller Regel also erst nach Ablauf des Trennungsjahres.³⁾

Im Hinblick auf die unterschiedliche tatsächliche und prozessuale Lage von Eheleuten vor Anhängigkeit einer Ehesache einerseits und während eines solchen Verfahrens andererseits ergeben sich unterschiedliche Verfahrensziele. Bei einem anhängigen Eheverfahren soll im Wege einer einstweiligen Anordnung eine beide Seiten befriedigende, jederzeit abänderbare Regelung getroffen werden, um zusätzliche gerichtliche Auseinandersetzungen und damit verbundene weitere Belastungen der Verfahrensbeteiligten nach Möglichkeit zu vermeiden. Das einstweilige Verfügungsverfahren hingegen dient lediglich der kurzfristigen Beseitigung einer Notlage bis zu einer Entscheidung in

1) Spangenberg, a.a.O.

2) Schuler, NJW 1959, 1801, 1802; Blomeyer, ZRP 65, 52, 64; Gaul, FamRZ 1955, 157, 158; Schilken, S. 93 f

3) OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 411 f

dem regelmäßig nachfolgenden Hauptverfahren.¹⁾

Diese Unterschiede sind derart wesentlich, daß es näher liegt, eine einstweilige Verfügung in erweiternder Auslegung auf § 940, und nicht auf Vorschriften über die einstweilige Anordnung zu stützen.

b) Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung

Wegen der besonderen Gefahrenlage für den Schuldner darf die Leistungsverfügung nur in Ausnahmefällen erlassen werden.²⁾

Neben dem materiellen Unterhaltsanspruch muß als Besonderheit der einstweiligen Verfügung ein Verfügungsgrund vorliegen; das Vorliegen des Anspruchs und des Verfügungsgrundes muß gemäß §§ 936, 920 Abs. 2 glaubhaft gemacht werden.

aa) Verfügungsgrund

Das Institut der Leistungsverfügung ist - wie dargelegt - entwickelt worden, um durch vorläufige Befriedigung eine akute Notlage des Gläubigers zu beseitigen. Ein Verfügungsgrund ist daher nur dann gegeben, wenn der Gläubiger zur Abwendung einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden

1) BVerfG., FamRZ 1980, 872

2) OLG Dresden, ZJP 6, 531; KG OLGE 40, 433; OLG Celle, NJW 1952, 1221; FamRZ 1973, 802, 803; OLG Braunschweig, in NdsRpfl 1954, 217, 218; OLG Düsseldorf, MDR 1960, 58, 59; Schilken, S. 19, Fn 15; Rosenberg, § 24 I 2 (S. 1105); Baur/Stürner, S. 363

Notlage auf sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist.¹⁾

(1) Notlage des Gläubigers

Bei der Prüfung, ob die Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachteile im Sinne des § 940 gegeben ist, hat eine Güterabwägung zu erfolgen; die Nachteile, die dem Antragsgegner bei Erlaß der Maßnahme drohen, dürfen die Gefährdung, wie sie ohne den Erlaß der Leistungsverfügung besteht, nicht übersteigen.²⁾

Notwendig ist die einstweilige Verfügung nur dann, wenn sie dazu dient, eine Notlage des Gläubigers zu beseitigen, ohne den Schuldner seinerseits in eine Notlage zu bringen.³⁾

Welche Anforderungen an das Vorliegen einer Notlage zu stellen sind, wird nicht einheitlich beurteilt.⁴⁾

Nach einer sehr großzügigen Auffassung soll schon jedes ernstliche Bedürfnis auf seiten des Antragstellers eine Geldleistungsverfügung rechtfertigen,

-
- 1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 801; OLG Zweibrücken, FamRZ 1982, 413; 1983, 415; Zöllner/Vollkommer, § 940 Rz. 6; Rosenberg, § 24 I 2 (S. 1105)
 - 2) OLG Düsseldorf, JR 1970, 143, 144; OLG München, 1965, 2161 zu einer einstweiligen Verfügung gem. § 935 auf Gegendarstellung; Schilken, S. 139; Berg, JR 1970, 145
 - 3) RGZ 9, 334; 27, 429, 430 f; OLG Kiel, JW 1933, 2925 (zur Abwendung wesentlicher Nachteile); OLG Karlsruhe, JW 1930, 2068; OLG Köln, FamRZ 1980, 349; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940, Anm. 3 B "Ehe, Familie"; Blomeyer, § 119 III 3 (S. 664); Zöllner/Vollkommer, § 940 Rz. 4; Stein/Jonas/Grunsky, § 940 Rz. 10; vor 935 Rz. 38 m.w.N.; Gaul, FamRZ 1958, 157; Köhler, Rz. 747; Grunsky, JurA 1970, 724, 730; Thomas/Putzo § 940 Anm. 4 a; Rosenberg, S. 1105
 - 4) Schilken, S. 139 f; Gaul, FamRZ 1958, 157, 160

so etwa, wenn bei Nichtleistung Rückstände auf-
laufen, die später nur schwer beizutreiben wären.¹⁾

Nach überwiegender Meinung ist Voraussetzung für
das Vorliegen einer Notlage, daß ohne die vorläu-
fige Regelung immaterielle, insbesondere gesund-
heitliche Schäden drohen, die der Antragsteller
aus eigenen Mitteln nicht abwenden kann.²⁾

Einer Abwägung der Interessenlage unter Berücksich-
tigung des mit der einstweiligen Verfügung verfolg-
ten Zwecks der Behebung einer Notlage ist zu ent-
nehmen, daß die zuerst genannte weite Auffassung
abzulehnen ist. Eine Leistungsverfügung ist nicht
schon dann zulässig, wenn andernfalls Rückstände
auflaufen, deren Realisierung gefährdet ist. Bei
dieser Auffassung würde der Anwendungsbereich
der Leistungsverfügung nahezu uferlos ausgedehnt.
Für die Sicherung der späteren Realisierung von
Zahlungsansprüchen in der Zwangsvollstreckung
ist der Arrest geschaffen. Eine Sicherung solcher
Ansprüche durch (vorläufige) Befriedigung würde
das System des einstweiligen Rechtsschutzes spre-
ngen und dazu führen, daß die einstweilige Verfü-
gung in einen Bereich eindringt, der dem Arrest
vorbehalten ist.³⁾

Eine Notlage liegt demnach nur dann vor, wenn
der Unterhaltsgläubiger das Geld zur Bestreitung
seines Lebensunterhalts dringend benötigt. An der

1) OLG Köln, MDR 1959, 398; OLG Düsseldorf, MDR
1960, 58 (allerdings beschränkt auf "ganz sel-
tene Ausnahmefälle"); OLG Saarbrücken, NJW
1967, 1813; Hamelbeck, ZZO 55, 233, 241 f

2) Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39; Teplitzky,
JuS 1980, 882, 884 f; Grunsky JuS 1976, 277, 283

3) Schilken, S. 141; Gaul, FamRZ 1958, 157, 162

Notlage fehlt es hingegen, wenn der Unterhaltsgläubiger andere leicht zu realisierende Ansprüche oder Vermögen hat.¹⁾

Die Notlage entfällt nicht dadurch, daß eine weitere unterhaltspflichtige Person existiert; andernfalls bestünde die Gefahr, daß jeder der Schuldner die Leistung unter Berufung auf den anderen Schuldner verweigert.²⁾

Anders ist es aber, wenn die Unterhaltsansprüche gegen die dritte, gleichrangig verpflichtete Person ohne weiteres realisiert werden können.³⁾

Die Möglichkeit, Fürsorgeleistungen des Staates in Anspruch zu nehmen, beseitigt eine Notlage nicht; denn Sozialhilfeleistungen sind gegenüber Unterhaltsverpflichtungen subsidiär, § 2 BSHG.⁴⁾

(2) Unverschulden an der Notlage

Ein Verfügungsgrund ist dann zu verneinen, wenn der Anspruchsteller in vorwerfbarer Weise versäumt hat, einen Titel im ordentlichen Verfahren zu erlangen, obwohl ein Regelungsbedürfnis bestand und die Möglichkeit zur Erlangung eines Titels gegeben war.⁵⁾

1) Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39

2) Stein/Jonas/Grunsky, a.a.O.; Teplitzky, JuS 1980, 882, 885; Grunsky, Jura 1970, 724, 731 f; Leipold, S. 123; Reinheimer, FamRZ 1969, 388, 389; a.A. Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 119 III 3 und Burkhardt, NJW 1967, 1428

3) Baur, BB 1964, 607, 609

4) Gaul, FamRZ 1958, 157, 161; Schilken, S. 143; Reinheimer, FamRZ 1969, 388, 389; Leipold, S. 123; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39; Grunsky, Jura 1970, 724, 732

5) OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 414; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 388; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 594; OLG Hamm, FamRZ 1985, 411; Zöller/Vollkommer, § 940 Rz. 4 und 8; Thomas/Putzo, § 940 Anm.3; a.A. ohne Begründung, Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39; widersprüchlich OLG Köln (21. ZS), FamRZ 1980, 349

Nötig sind einstweilige Verfügungen nur dann, wenn der Gläubiger nicht die Möglichkeit hat, rechtzeitig einen Titel im ordentlichen Verfahren zu erlangen.¹⁾ Das gilt ebenso, wenn der Gläubiger es in vorwerfbarer Weise versäumt hat, einen Titel zu erlangen, und dadurch in eine Notlage geraten ist.

Andererseits kann, auch wenn bereits ein vorläufig vollstreckbares Urteil vorliegt, gleichwohl noch ein Bedürfnis für eine einstweilige Verfügung bestehen, wenn nämlich der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden kann.²⁾ Die Möglichkeit, nach § 720 a zu vollstrecken, führt nicht zur Befriedigung des Berechtigten. Wegen der sich aus §§ 710, 711 S. 2 für den Berechtigten ergebenden Möglichkeiten ist in diesem Fall der Verfügungsgrund besonders streng zu prüfen.³⁾

bb) Glaubhaftmachung

Die Leistungsverfügung stellt für den Schuldner eine besondere Gefahr dar wegen der gerade in Unterhaltsangelegenheiten fast stets anzunehmenden Irreparabilität eines durch eine materiell unrichtige Entscheidung zugefügten finanziellen Schadens; denn aus der finanziellen Notlage des Unterhaltsgläubigers, die Voraussetzung einer Leistungsver-

1) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 363

2) KG, OLGZ 70, 53 = NJW 1969, 2019 = MDR 1969, 1019; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 39; Grunsky, JurA 1970, 732; Schilken, S. 145; a.A. wohl Schuler, FamRZ 1958, 157, 161: Keine einstweilige Verfügung über Zeitpunkt des Erlasses des Urteils 1. Instanz.

3) Göppinger/Wax, Rz. 3184

fügung ist, folgt in aller Regel die Aussichtslosigkeit, einmal geleistete Zahlungen zurückzu- erhalten.¹⁾

Das gilt, weil die einstweilige Verfügung ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, § 708 Nr. 2. Schon wegen dieser Gefahrenlage für den Schuldner sind an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs sowie des Grundes für den Erlaß der einstweiligen Verfügung (§§ 936, 920 Abs.2) strenge Anforderungen zu stellen.²⁾

c) Inhalt der einstweiligen Verfügung

Der Inhalt der einstweiligen Verfügung auf Zahlung von Unterhalt ergibt sich aus ihrem Zweck, eine dringende Notlage zu beseitigen.³⁾

aa) Umfang des Elementarunterhalts

Zu entscheiden ist, ob mit einer einstweiligen Verfügung nur der Mindestunterhalt, der sich bei ehelichen Kindern in Anlehnung an den Mindestbedarf nichtehelicher Kinder nach der RegelbedarfsVO errechnet⁴⁾ und bei Ehegatten dem Lebensnotwendigen

1) OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 412; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 388; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 594; Baur, BB 1964, 607, 609

2) OLG Bamberg, OLGZ 71, 438, 439; OLG Köln, FamRZ 1980, 349, 351; LG Karlsruhe, FamRZ 1969, 41; Baur, a.a.O.; Gaul, FamRZ 1958, 157, 160; Grunsky, JurA 1970, 724, 733 f; Reinheimer, FamRZ 1969, 388, 390; Schuler, NJW 1959, 1801; Rosenberg, S. 1105; a.A. Hamelbeck, ZJP 55, 233, 242, der dann aber eine "gewissenhafte Prüfung" der Glaubhaftmachung verlangt

3) Zum Inhalt einer einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 4 und Nr. 6 siehe Braeuer, S. 107 ff.

4) § 1610 Abs. 3 BGB, vgl. Schlüter in Praxis des neuen Familiengerichts, S. 240

entspricht, festgesetzt¹⁾ oder ob - jedenfalls in klaren Fällen - auch der volle Unterhalt zugesprochen werden kann.²⁾

Die Auffassung, daß nicht mehr als der unbedingt notwendige Unterhalt gefordert werden kann, entspricht dem Charakter des summarischen Verfahrens, mit dem wesentliche Nachteile abgewendet werden sollen.³⁾

Die einstweilige Verfügung zur vorläufigen Regelung des Unterhalts ist geschaffen worden, um einer dringenden Notlage abzuhelpfen. Dem widerspricht es, wenn in diesem Verfahren mehr zuerkannt wird, als zu diesem Zweck erforderlich ist.⁴⁾

Auch Gründe der Prozeßökonomie rechtfertigen nicht, "in klaren Fällen" den vollen Unterhalt zuzusprechen. In klaren Fällen kann auch im ordentlichen Erkenntnisverfahren kurzfristig ein Titel erlangt werden.

1) so: OLG Köln, FamRZ 1983, 410 m.w.N.; FamRZ 1980, 349; MDR 1959, 398; OLG Karlsruhe, JW 1930, 2068; Celle, NJW 1952, 1221; OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 801; FamRZ 1980, 363; OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 704; BVerfG, FamRZ 1980, 872; Wieczorek/Schütze, § 916 Anm. A III c 1 "nur der bedingt erforderliche Betrag"; Kissel, Bd. 2, S. 121; Teplitzky, JuS 1980, 882, 885; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 42; Schuler, NJW 1959, 1801, 1804; Göppinger/Wax, Rz. 3185; Stollenwerk in Rahm VI Rz. 71; Schilken, S. 143; Thomas/Putzo, § 940 Anm. 4 a

2) so: OLG Hamburg, FamRZ 1981, 160 f; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 41; OLG Stuttgart, FamRZ 1971, 255; AG Groß Gerau, MDR 1981, 1026; Spangenberg, DAVorm 1982, 650; Reinheimer, FamRZ 1969, 388, 389 f; Köhler, Rz. 748; vgl. auch Leitlinien der Familiensenate des OLG Hamm, NJW 1982, 20 = FamRZ 1981, 1209 (Ziff. 48); NJW 1984, 2331; des OLG Bremen, NJW 1985, 305 f; Unterhaltsrechtliche Grundsätze des OLG Hamburg (Ziff. 7) NJW 1985, 307

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 801, 1982, 1229; Stollenwerk in Rahm VI Rz. 71; BVerfG, FamRZ 1980, 872

4) OLG Hamm, Beschluß vom 16.4.1985 - 9 UF 518/84 -; Wieczorek/Schütze, § 940 Anm. B I c

Wo die Grenze des notwendigen Unterhalts verläuft, ist streitig und läßt sich nicht generell bestimmen. Zum Teil wird als Höchstgrenze der pfändungsfreie Betrag angesehen;¹⁾ zum Teil wird auf den Sozialhilfesatz abgestellt²⁾ oder ohne feste Richtlinien auf die Umstände des Einzelfalles.³⁾

Richtlinien können allenfalls eine Orientierungshilfe sein. Die tatsächlichen Fälle sind so vielschichtig gelagert, daß mit solchen Richtlinien nichts gewonnen werden kann, zumal außergewöhnliche Belastungen zu abweichenden Notwendigkeiten führen können;⁴⁾ daher sind die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

bb) Vorsorgeunterhalt

Für die Höhe des Ehegattenunterhalts ist von Bedeutung, ob im summarischen Verfahren der einstweiligen Verfügung auch Vorsorgeunterhalt verlangt werden kann. Nach materiellem Recht besteht ein Anspruch auf Vorsorgeunterhalt (Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit) erst für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, § 1361 Abs. 1 S. 2 BGB. Vorher stellt sich das Problem also nicht. Die gesetzliche Regelung beruht darauf, daß die Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens von der Regelung des Versorgungsausgleichs erfaßt wird, § 1587 Abs. 2 BGB.⁵⁾

1) KG, OLGZ 1970, 54 = NJW 1969, 2019; Berg, JR 1970, 145; Grunsky, Jura 1970, 724, 730; Thomas/Putzo, § 940 Anm. 4 a; s.a. Baur/Stürner, S. 364

2) OLG Celle, VersR 1960, 280

3) OLG München, NJW 1960, 828

4) Schilken, S. 143 (Fn 28)

5) Palandt/Diederichsen, § 1361 Anm. 4 a

Nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags besteht die Möglichkeit, Ehegattenunterhalt durch einstweilige Anordnung gem. § 620 S. 1 Nr. 6 zu regeln;¹⁾ eine einstweilige Verfügung ist dann nicht mehr zulässig.²⁾

Die Problematik der Geltendmachung von Altersvorsorgeunterhalt im Rahmen einer einstweiligen Verfügung stellt sich daher erst nach rechtskräftigem Abschluß des Scheidungsverfahrens.

Hampel³⁾ verneint grundsätzlich die Möglichkeit, Altersvorsorgeunterhalt durch einstweilige Verfügung geltend zu machen, da es hierfür am Verfügungsgrund fehle.⁴⁾

Demgegenüber hat Bölling⁵⁾ keine Bedenken, auch den Vorsorgeunterhalt zum Notbedarf zu rechnen, weil er den Verfügungsgrund darin sieht, daß ein Nachentrichten von Versicherungsbeiträgen versicherungsrechtlich unzulässig ist. Seit dem 1.1.1980 können - abgesehen von Sonderfällen - freiwillige Beiträge nur noch in dem Jahr wirksam entrichtet werden, für das sie gelten sollen, § 1418 RVO.⁶⁾

1) Zur Frage, ob Vorsorgeunterhalt durch einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 6 tituliert werden kann, S. Braeuer, S. 111 ff.

2) Dazu unten unter d) 3; Wieczorek/Schütze, § 916 Anm. A III d 1; Bölling, S. 30 ff. und 102 f.; Hassold, FamRZ 1981, 1036, 1037; Baur/Stürner, S. 356

3) FamRZ 1979, 249, 258; anders jedoch für die einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 6

4) Für die einstweilige Anordnung nach § 620 wird die Festsetzung von Vorsorgeunterhalt für zulässig gehalten von OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 501; FamRZ 1980, 1139; a.A. OLG Saarbrücken, FamRZ 1978, 501; OLG Stuttgart, Die Justiz 1979, 19; Palandt/Diederichsen, § 1361 Anm. 4 a

5) S. 112

6) Hampel, FamRZ 1979, 249, 258 Fn. 83 a

Die Auffassung von Bölling übersieht, daß es der Unterhaltsgläubiger in der Hand hat, rechtzeitig in einem ordentlichen Erkenntnisverfahren, sei es im Verbund mit einer Scheidungssache, sei es in einem isolierten Hauptsacheverfahren, eine Titulierung nachehelichen Unterhalts einschließlich des Vorsorgeunterhalts zu erreichen.¹⁾ Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Überwindung einer dringenden Notlage, und dem generellen Ausnahmecharakter einer für den Betroffenen gefährlichen Leistungsverfügung folgt, daß ein solches Verfahren nur zulässig sein darf, wenn der Anspruchsteller in nicht vorwerfbarer Weise keine Möglichkeiten hatte, einen Titel in einem mit allen rechtsstaatlichen Garantien für beide Parteien versehenen Hauptverfahren zu erlangen.²⁾

Eine derartige Situation wird bezüglich des Vorsorgeunterhalts praktisch nicht eintreten können, da sie vorhersehbar ist und für den Gläubiger somit nicht überraschend kommt. Hat allerdings der Anspruchsteller rechtzeitig den Anspruch in einem Hauptverfahren geltend gemacht und gelingt es ihm nach Aufhebung oder Scheidung der Ehe nicht,³⁾ so rechtzeitig einen Titel auch über Vorsorgeunterhalt zu erhalten, daß eine Nachentscheidung möglich ist, dann wird man einen Verfügungsgrund für den Vorsorgeunterhalt nicht verneinen können. In einem solchen Fall kann auch Vorsorgeunterhalt im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden.

1) OLG Bamberg, FamRZ 1984, 388; OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 594

2) s.o. S. 177

3) bei Verbundverfahren kommt diese Möglichkeit im Falle der Abtrennung nach § 628 Abs. 1 vor, OLG Hamm, FamRZ 1980, 68

cc) Zeitliche Begrenzung

Hinsichtlich Beginn und Dauer der Geldleistungen hat sich die einstweilige Verfügung auf den geringstmöglichen Eingriff zur Abwendung der Notlage zu beschränken.¹⁾

(1) Beginn des Leistungszeitraumes

Aus dem Zweck der Leistungsverfügung, wesentliche Nachteile abzuwenden, wird allgemein das Verbot hergeleitet, Zahlung von Rückständen anzuordnen.²⁾

Davon zu trennen ist die Frage, ob einer besonderen Notlage des Gläubigers nur dadurch abgeholfen werden kann, daß im Einzelfall auch zur Erfüllung von rückständigen Leistungen verurteilt wird.³⁾

Die von Spangenberg für die gegenteilige Auffassung angeführten Gründe der Prozeßökonomie berücksichtigen die schutzwürdigen Belange des Schuldners nicht ausreichend. Das summarische Verfahren der einstweiligen Verfügung hat nicht den Sinn, das Hauptverfahren aus Gründen der Prozeßökonomie zu ersetzen, sondern dient ausschließlich der Überbrückung einer Notsituation.

Wenn auch somit nahezu übereinstimmend davon ausgegangen wird, daß Unterhalt für die Vergangenheit durch einstweilige Verfügung nicht verlangt werden

1) OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 413; Schilken, S.144

2) OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 413; OLG Düsseldorf, FamRZ 1982, 1229; 1980, 363; OLG München, NJW 1960, 828; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 1258; LG Düsseldorf, FamRZ 1972, 48; Wieczorek/Schütze, Anm. C III; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 42; Köhler, Rz. 748; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B; Bedenken äußert insoweit Spangenberg, DAVorm 1982, 647, 651

3) OLG Celle, FamRZ 1979, 802, 803; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 42; Schilken, S. 143; Köhler, Rz. 748

kann, so besteht doch Streit darüber, wo die zeitliche Grenze zu ziehen ist. Einige Gerichte und Autoren sprechen Unterhalt vom Zeitpunkt der Antragstellung (Einreichung des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung) zu,¹⁾ andere erst vom Tage des Erlasses der einstweiligen Verfügung;²⁾ das soll auch für die Berufungsinstanz gelten, wenn die einstweilige Verfügung zunächst erlassen, auf Widerspruch hin aber aufgehoben worden ist.

Dem Sinn und Zweck der einstweiligen Verfügung entspricht allein die Auffassung, wonach durch einstweilige Verfügung Unterhalt nur für die Zeit seit Erlaß, nicht jedoch für einen bereits vergangenen Zeitraum zuerkannt werden kann. Die Leistungsverfügung dient der Überbrückung und Abwendung einer nicht anders zu beseitigenden dringenden Notlage. Unterhalt kann dann zuerkannt werden, wenn die Zahlung von Unterhalt zur Existenzsicherung dringend erforderlich ist. Hieraus folgt, daß Unterhalt für die Vergangenheit nicht zuerkannt werden kann; denn eine Notlage läßt sich nur für einen zukünftigen Zeitraum beseitigen. Für die zurückliegende Zeit kann eine Notlage nicht mehr beseitigt werden.

Für die Zeit vor Erlaß der einstweiligen Verfügung liegt somit ein Verfügungsgrund nicht vor. Auf die Frage, wodurch der Verfügungsgrund beseitigt

-
- 1) so OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 413; OLG Karlsruhe OLGE 33, 134, 135; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 363; 1982, 1229; Göppinger/Wax, Rz. 3185; Stollenwerk in Rahm VI. Rz. 71
- 2) OLG Celle, FamRZ 1979, 802; 83, 622; OLG München, NJW 1960, 828; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 1258; OLG Karlsruhe, NJW 1961, 1479; LG Köln, MDR 1963, 219; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B "Ehe, Familie"; Gaul, FamRZ 1958, 157, 161; Schuler, NJW 1959, 1801, 1804 ("in der Regel ab Erlaß, frühestens ab Tag der Einreichung"); Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 42; wohl auch Zöllner/Vollkommer, § 940 Rz. 8

worden ist, kommt es im Rahmen der Prüfung, ob der Verfügungsgrund tatsächlich besteht, nicht an. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß diese Auffassung für den Unterhaltsgläubiger Unsicherheiten mit sich bringt, da er auf den Gang des Verfahrens nur geringen Einfluß hat und er die Nachteile von Verfahrensverzögerungen hinnehmen muß. Der Unterhaltsgläubiger ist jedoch nicht schutzlos, da er rückständigen Unterhalt im ordentlichen Verfahren geltend machen kann.

(2) Dauer der Anordnung

Der Grundsatz, daß das Ergebnis des Hauptverfahrens nicht durch einstweilige Verfügung vorweggenommen werden darf, gebietet es, die Dauer der Anordnung zu befristen. Dies folgt auch daraus, daß nur diejenigen Beträge zuerkannt werden dürfen, die zur Überbrückung einer Notlage und zur Abwendung wesentlicher Nachteile unbedingt erforderlich sind.¹⁾

Daher kann der Auffassung, eine zeitlich unbeschränkte einstweilige Verfügung sei vorzuziehen, nicht gefolgt werden. Das gilt ebenso für die Ansicht des OLG Köln,²⁾ wonach - allerdings bei "ungleich strengeren Anforderungen" an Schlüssig-

1) OLG Köln, FamRZ 1980, 390 (4 - 6 Monate, bis zur Erlangung eines Titels im Hauptverfahren); ebenso OLG Köln, FamRZ 1983, 410, 413; OLG Köln, FamRZ 1980, 349, 350 (maximal 2 Jahre); OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 1117; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 363, 365; 1982, 1229; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 160, 161; OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324, 326; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 41; OLG Hamm, FamRZ 1978, 849; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B; Köhler, Rz. 748 (3 - 6 Monate); Schuler, FamRZ 1959, 1801, 1805; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 42; Vogel, AnwBl. 1980, 398, 406; Schilken, S. 144; Zöller/Vollkommer, § 940 Rz. 8; gegen zeitliche Begrenzung: Göppinger/Wax, Rz. 3185; Spangenberg, DAVorm 1982, 647, 651

2) FamRZ 1980, 349, 350 (21.ZS)

keit und Glaubhaftmachung des Anspruchs - eine einstweilige Verfügung für einen Zeitraum von zwei Jahren ergehen kann. Da die einstweilige Verfügung der Überbrückung einer Notlage bis zu einer Entscheidung im ordentlichen Verfahren dient, ist entscheidend, welche Zeit der Antragsteller benötigt, um einen Unterhaltstitel im normalen Verfahren zu erlangen. Regelmäßig wird dazu ein Zeitraum von 6 Monaten ausreichen, wie in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vorgeschlagen wird.¹⁾

Sollte nach Ablauf dieser Frist die Notlage des Unterhaltsberechtigten noch nicht beseitigt und eine Entscheidung im Hauptverfahren noch nicht ergangen sein, ohne daß dies dem Gläubiger vorgeworfen werden kann, kommt eine neue einstweilige Verfügung in Betracht.²⁾

Dem Gläubiger ist ein erneuter Antrag eher zuzumuten als dem Schuldner ein Antrag nach § 927 Abs. 1, wie es Wax³⁾ vorschlägt.

d) Verhältnis zur einstweiligen Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr. 4 und Nr. 6 ZPO

Eines der Hauptprobleme der einstweiligen Verfügung auf Unterhaltsleistung ist die Abgrenzung zur einstweiligen Anordnung.⁴⁾

1) siehe oben S. 186 Fn 1

2) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; OLG Bamberg 1984, 388; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz.42; Grunsky, JurA 1970, 730; a.A. LG Krefeld, MDR 1970, 148

3) in Göppinger/Wax, Rz. 3185

4) Zöllner/Vollkommer, § 940 Rz. 8

**aa) Meinungsstand zum Vorrang der einstweiligen
Anordnung**

Nach h.M. sind einstweilige Verfügungen unzulässig, soweit zum selben Verfahrensgegenstand einstweilige Anordnungen nach § 620 ergehen können.¹⁾

Die hierfür gegebenen Begründungen sind unterschiedlich. Zum Teil wird die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen innerhalb des Anwendungsbezirks einstweiliger Anordnungen mit dem Fehlen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses begründet.²⁾

Überwiegend wird der Vorrang der einstweiligen Anordnung jedoch damit begründet, daß die Vorschriften über die einstweiligen Anordnungen als Leges speciales die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung verdrängen.³⁾

-
- 1) BGH, NJW 1979, 1508 = FamRZ 1979, 472 m.w.N.; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 619; Zöller/Vollkommer, § 935 Rz. 3; Stollenwerk, in Rahm VI Rz. 6; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 526, das von Stollenwerk zu Unrecht als a.A. bezeichnet wird.
- 2) OLG Hamburg, MDR 1957, 425; KG, DR 1940, 1586; LG Essen, FamRZ 1969, 328; Kissel, Bd 2, S. 229; Köhler, Rz. 751
- 3) BGH, NJW 1979, 1508 = FamRZ 1979, 472; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 48; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 1139; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 1041; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 537; OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 526 = NdsRpfl 1978, 170; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 526; 1982, 408; OLG Bremen, FamRZ 1982, 1033; OLG Bamberg, FamRZ 1982, 408; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 620 Anm. 2; Göppinger/Wax, Rz. 3186; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 Rz. 5; Stein/Jonas/Schlösser § 620 a Rz. 13; Vogel, AnwBl 1980, 398, 399; Walter, S. 188 f = FamRZ 1979, 682 ff; Wieczorek, § 620 Anm. A I, A III, A III c; Zöller/Philippi, § 620 Rz. 20; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 1 b; Hassold, FamRZ 1981, 1036, 1037; Rosenberg/Schwab, § 169 II 6 (S. 1053); Bergerfurth, Der Ehescheidungsprozeß, Rz. 124; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 6; Rolland, § 620 Rz. 14; Gießler, FamRZ 1982, 129

Bölling¹⁾ leitet die Unzulässigkeit der einstweiligen Verfügung im Anwendungsbereich einstweiliger Anordnungen aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität her.

bb) Zeitliche Überschneidung

Da einstweilige Anordnungen nach § 620 erst nach Anhängigkeit des Eheverfahrens oder nach Einreichung eines Prozeßkostenhilfegesuchs für dieses Verfahren zulässig sind, ergibt sich eine Konkurrenzsituation erst von diesem Zeitpunkt an. Für den Zeitraum zuvor sind einstweilige Verfügungen zur Regelung des Unterhalts nach allgemeiner Ansicht möglich.

Zweifelhaft ist die Rechtslage, wenn eine Ehesache erst anhängig wird, nachdem eine einstweilige Verfügung schon beantragt oder bereits erlassen und gegen sie Widerspruch bzw. Berufung eingelegt worden ist. Hierzu werden verschiedene Lösungsvorschläge gemacht.

(1) Lösungen in Rechtsprechung und Schrifttum

Zum Teil wird angenommen, das Verfahren der einstweiligen Verfügung gehe in ein solches der einstweiligen Anordnung über; ein Widerspruch gegen eine ohne mündliche Verhandlung ergangene einstweilige Verfügung sei als Antrag gem. § 620 b auf mündliche Verhandlung auszulegen.²⁾

1) S. 45 ff.

2) OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 188; Rolland, § 620 Rz. 14; Walter, Der Prozeß, S. 207; Göppinger/Wax, Rz. 3186; Bergerfurth, Ehescheidungsprozeß, Rz. 124; Baumbach/Lauterbach/Albers, vor § 620 Anm.1; a.A. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm.3 B "Ehe, Familie"

Eine derartige Überleitung erscheint jedoch im Hinblick auf die strukturellen Unterschiede beider Verfahrensarten bedenklich.¹⁾

Das OLG Schleswig²⁾ spricht von einem Grundsatz, nach dem sich ein bestimmtes Verfahren nicht "auf diffuse Weise in ein andersartiges" umwandeln könne.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß ein Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch dann als solches fortzusetzen sei, wenn in- zwischen ein Eheverfahren anhängig geworden ist.³⁾

Diese Ansicht ist dann konsequent, wenn das Verhältnis der einstweiligen Verfügung zur einstweiligen Anordnung nur als ein Problem des allgemeinen Rechtsschutzes betrachtet und eine einstweilige Verfügung deswegen als unzulässig gehalten wird, weil das Verfahren der einstweiligen Anordnung einfacher und billiger zum selben Ziel führt.⁴⁾

Unter diesem Gesichtspunkt kann es einer Partei nicht zugemutet werden, ein bereits eingeleitetes Verfahren zu beenden und ein neues Verfahren mit demselben Ziel einzuleiten; ein solcher Verfahrenswechsel stellt keinen einfacheren und billigeren Weg dar.⁵⁾

1) BVerfG, FamRZ 1980, 872; Bölling S. 51; Braeuer, S. 49, 60; im übrigen s.o. S. 172 f

2) SchlHA 1979, 161, 162 f

3) OLG Schleswig, SchlHA 1979, 54; 1979, 161, 162 f; OLG Hamm, FamRZ 1980, 816; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 408; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 982 (wenn sich das einstweilige Verfügungsverfahren, nachdem die Verfügung in erster Instanz erlassen worden ist, im Berufungsverfahren befindet und entscheidungsreif ist); ähnlich Klauser, MDR 1981, 716; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 20; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B

4) OLG Hamburg, FamRZ 1982, 408, 409

5) Bölling, S. 52

(2) Stellungnahme

Geht man mit der überwiegenden Ansicht davon aus, daß die einstweilige Anordnung als abschließende Sonderregelung für den einstweiligen Rechtsschutz in ihrem Anwendungsbereich den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ausschließt,¹⁾ so kann der Ansicht nicht gefolgt werden, wonach das einstweilige Verfügungsverfahren als solches fortzusetzen sei, wenn inzwischen die prozessuale Möglichkeit zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung besteht. Da die einstweilige Anordnung als Sondervorschrift der einstweiligen Verfügung vorgeht, wird das Verfahren der einstweiligen Verfügung seit Anhängigkeit der Ehesache unzulässig, soweit sich die Verfahrensgegenstände überschneiden; der Antragsteller hat dann konsequenterweise nur die Möglichkeit, die Hauptsache für erledigt zu erklären und nunmehr eine einstweilige Anordnung zu beantragen.²⁾

Die Anhängigkeit der Ehesache bedeutet jedoch nicht die uneingeschränkte Unzulässigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens. Die Erledigung tritt vielmehr nur insoweit ein, als eine Konkurrenzsituation besteht und sich die Anwendungsbe-
reiche beider Verfahren überschneiden. Mit einer einstweiligen Anordnung nach § 620 kann - ebenso wie mit einer einstweiligen Verfügung - kein rückständiger Unterhalt, sondern Unterhalt nur für die Zeit ab Antragstellung verlangt werden.³⁾

1) s.o. S. 188

2) Bölling, S. 56

3) OLG Hamm, FamRZ 1980, 816; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 8 B; Stein/Jonas/Schlösser, § 620 Rz. 8; Zöller/Philippi, § 620 Rz. 54; a.A. Braeuer, S. 199 ff.

Das einstweilige Verfügungsverfahren ist daher in der Hauptsache lediglich für die Zeit seit Anhängigkeit der Ehesache für (teilweise) erledigt zu erklären. Solche Situationen treten auf, wenn die einstweilige Verfügung erlassen worden ist und der Schuldner Rechtsmittel (Widerspruch, § 924, oder Berufung) eingelegt hat. Durch diese Lösung wird der einstweilige Rechtsschutz auch für die Zeit zwischen Erlaß der einstweiligen Verfügung und Anhängigkeit der Ehesache gewährleistet.

cc) Sachliche Überschneidung

Das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses setzt außer einer zeitlichen auch eine sachliche Übereinstimmung der zu regelnden Ansprüche voraus. Eine einstweilige Verfügung kann nur insoweit von einer einstweiligen Anordnung verdrängt werden, als die Regelungsgegenstände übereinstimmen.¹⁾

(1) Ehegattenunterhalt

Im Rahmen einer einstweiligen Anordnung gem. § 620 S. 1 Nr. 6 kann der Ehegattenunterhalt umfassend ohne Beschränkung auf den Notunterhalt geregelt werden; der Anwendungsbereich umfaßt sowohl Unterhaltsansprüche nach §§ 1360, 1360 a BGB, wenn die Ehegatten noch zusammenleben, als auch nach § 1361 BGB im Falle des Getrenntlebens.²⁾

1) Zöllner/Vollkommer, § 935 Rz. 3

2) BGH, FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm.8; Stein/Jonas/Schlösser, § 620 Rz. 8; Rölland, § 620 Rz. 38; eingehend Braeuer, S. 107 ff.

Leben die Ehegatten noch zusammen, umfaßt der Familienunterhalt gem. §§ 1360, 1360 a BGB auch den Unterhalt für im Haushalt lebende Kinder.¹⁾

Angesichts dieses weiten Anwendungsbereichs zur Regelung des Ehegattenunterhalts durch einstweilige Anordnung bleibt für eine einstweilige Verfügung kein Raum. Eine einstweilige Verfügung zur Regelung des Ehegattenunterhalts kommt daher nur dann in Betracht, wenn eine Überschneidung in zeitlicher Hinsicht nicht gegeben ist. Für die Regelung durch eine einstweilige Verfügung bleibt nur der Zeitraum vor Anhängigkeit oder nach rechtskräftigem Abschluß des Eheverfahrens.²⁾

(2) Kindesunterhalt

Problematisch ist die sachliche Übereinstimmung einer einstweiligen Verfügung betreffend Kindesunterhalt mit einer einstweiligen Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 4; denn nach dem Wortlaut des § 620 S. 1 Nr. 4 wird durch die einstweilige Anordnung die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind³⁾ im Verhältnis der Ehegatten zueinander geregelt;

1) Palandt/Diederichsen, § 1360 a Anm. 1

2) Insoweit ist es auch möglich, in dringenden Notfällen, etwa bei Wegfall des bisherigen Erwerbseinkommens des Unterhaltsberechtigten, über einen bereits bestehenden Titel hinaus Unterhalt im Wege der einstweiligen Verfügung zu verlangen, vgl. Bölling, S. 99, 101; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 17 zur Erhöhung bestehender Unterhaltstitel durch einstweilige Anordnung, wenn Abänderungsklage gem. § 323 erhoben worden ist.
Klauser, MDR 1981, 711, 714 für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Abänderungsklage, und a.a.O. S. 717

3) anerkannt ist, daß die Regelung nur für ein gemeinsames eheliches Kind gilt, Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 40; Stein/Jonas/Schlösser, § 620 Rz. 6

nach dem Wortlaut ist also Regelungsgegenstand nicht der Unterhaltsanspruch des Kindes selbst.¹⁾

Demgegenüber wird mit einer einstweiligen Verfügung der Unterhaltsanspruch des Kindes selbst gegenüber den Eltern geregelt.

Die Beantwortung der Frage des Regelungsgegenstandes der einstweiligen Anordnung hat erhebliche Auswirkungen auf das Verhältnis der einstweiligen Anordnung zur einstweiligen Verfügung. Sieht man den Unterhaltsanspruch des Kindes selbst als Regelungsgegenstand an, so liegt sachliche Übereinstimmung zum Inhalt einer einstweiligen Verfügung vor; die einstweilige Verfügung wird durch die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung verdrängt und ist daher unzulässig. Die Situation ist nicht anders als beim Ehegattenunterhalt.

(a) Regelungsgegenstand des § 620 S. 1 Nr. 4

Trotz des Wortlauts von § 620 S. 1 Nr. 4, der wörtlich aus § 627 a.F. übernommen worden ist,²⁾ wird in Rechtsprechung und Literatur zum Teil der Unterhaltsanspruch des Kindes selbst als Regelungsgegenstand angesehen.³⁾

Diese Auffassung versteht § 620 S. 1 Nr. 4 im Wege der synchronisierenden Gesetzesauslegung dahin, daß Unterhaltsansprüche des Kindes vom antragstellenden Ehegatten in Prozeßstandschaft gemäß § 1629 Abs. 3 BGB geltend gemacht werden.⁴⁾

1) OLG Bremen, FamRZ 1984, 70; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 6

2) BegrRegE, BT-Drucks 7/650, S. 199

3) OLG Stuttgart, FamRZ 1972, 373; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 54; Göppinger/Wax, Rz. 3199; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 6; Köhler, Rz. 272; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 2 a, dd; Wieczorek, § 620 Anm. C III c 2

4) Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 6

Aufgrund des Wortlautes von § 62o S. 1 Nr. 4 geht die h.M. davon aus, daß mit einer einstweiligen Anordnung nach dieser Vorschrift die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander und nicht mit Wirkung gegenüber dem Kind geregelt wird.¹⁾

Diese Meinung hat nicht nur den Wortlaut für sich; sie wird auch durch den Anwendungsbereich von § 62o bestätigt. Eine Angleichung der Bestimmung des § 62o S. 1 Nr. 4 an § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB, wie es Schlosser²⁾ vorschlägt, ist nicht möglich. § 62o gilt für alle Eheverfahren, während § 1629 BGB die Prozeßstandschaft nur während der Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens anordnet.³⁾

Einstweilige Anordnungen gem. § 62o S. 1 Nr. 4 sind auch bezüglich volljähriger Kinder möglich,⁴⁾

1) BGH, FamRZ 1983, 892 = NJW 1983, 200; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 70; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 412; 1982, 426, 427; OLG Karlsruhe, FRES Bd 6, 57; OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 945; Ambrock, § 62o Anm. III 4; Bergerfurth, Ehescheidungsprozeß, Rz. 95; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 62o Anm. 6 A; Diederichsen, NJW 1977, 649, 650; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 48; Rolland, § 62o Rz. 29 f; Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 40; Borgmann, FamRZ 1985, 338; zu § 627 a.F. vgl.: KG, NJW 1961, 1412; FamRZ 1962, 432; OLG Oldenburg, MDR 1964, 764; OLG Celle, NJW 1974, 504; Bergerfurth, FamRZ 1962, 52, 54

2) in Stein/Jonas/Schlosser, § 62o Rz. 6

3) OLG Hamburg, FamRZ 1982, 426; Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 40; Schlüter, Praxis des neuen Familienrechts, S. 76 f

4) Zöllner/Philippi, § 62o Rz. 41; Diederichsen, NJW 1977, 649, 650; Thomas/Putzo, § 62o Anm. 2 a; Ambrock, § 62o Anm. III 4; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 49; Rosenberg/Schwab, § 169 I 4 (S. 1053); a.A. Vogel, AnwBl 1979, 85 und Wieczorek, § 62o Anm. C III c 2 - eine Beschränkung auf minderjährige Kinder enthält § 62o S. 1 Nr. 4 jedoch gerade nicht.

während § 1629 Abs. 3 S. 1 BGB nur für minderjährige Kinder gilt.¹⁾

Erfolgt die Regelung nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander, so werden die Ansprüche des Kindes grundsätzlich nicht berührt.²⁾

Materiell hat der geregelte Anspruch der Ehegatten untereinander seine Grundlagen in einem familienrechtlichen Ausgleichsanspruch³⁾ oder in einem Aufwendungsersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, § 683 BGB.⁴⁾

Zum Teil wird als Anspruchsgrundlage auch unmittelbar auf § 1606 BGB zurückgegriffen.⁵⁾

(b) Konsequenz

Die h.M., wonach die Unterhaltspflicht nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander geregelt wird, hat zur Konsequenz, daß keine Übereinstimmung dem sachlichen Gegenstand nach vorliegt.⁶⁾

-
- 1) OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 175; Palandt/Diederichsen, § 1629 Anm. 7; Schlüter, Praxis des neuen Familienrechts, S. 79; a.A. Göppinger/Wax, Rz. 3199 und S. 1044, Fn. 3: Erweiterung der Prozeßstandschaft für volljährige Kinder für die einstweilige Anordnung im Eheverfahren.
 - 2) OLG Celle, NJW 1974, 504; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 6 A; Zöller/Philippi, § 620 Rz. 40
 - 3) BGHZ 31, 329, 50, 266; BGH, FamRZ 1984, 775; BGB-RGRK/Roth-Stielow, vor § 1353 Rz. 11
 - 4) Köhler, Rz. 153; Wieczorek, § 620 Anm. C III c 2
 - 5) Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 49; Gernhuber, § 42 II 7; Soergel/Lange, § 1606 Rz. 13; ausführlich zur materiellen Anspruchsgrundlage: Bölling, S. 125 ff.
 - 6) Bölling, S. 130 f

Daher kann die einstweilige Verfügung bezüglich des Kindesunterhalts nicht durch eine einstweilige Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 4 als *lex specialis* verdrängt werden.

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung wird nach dieser Auffassung nicht durch den Hinweis auf die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung verneint werden können.¹⁾

Das Rechtsschutzbedürfnis kann nur dann verneint werden, wenn dem Rechtsschutzsuchenden selbst zur Realisierung seines Anspruchs ein einfacherer und billigerer Weg offen steht.²⁾

Allerdings werden die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung und erst recht eine bereits erlassene Anordnung nach § 620 S. 1 Nr. 4 den Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung entfallen lassen. Entgegen Bölling³⁾ gilt dies nicht nur, wenn Unterhaltsleistungen von einem Elternteil dem Kind gegenüber schon erbracht sind. Die Auffassung von Bölling übersieht, daß sowohl mit der einstweiligen Verfügung als auch mit der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur Leistungen für einen zukünftigen Zeitraum verlangt werden können. Der Erlaß der einstweiligen Verfügung setzt eine auf anderem Wege nicht zu beseitigende Notlage voraus. Ein solch anderer, einfacherer Weg zur Beseitigung der Notlage ist die einstweilige Anordnung, da der Unterhalt des Kindes in aller Regel auch dann sichergestellt

1) a.A. LG Berlin, MDR 1967, 495; Rolland, § 620 Rz. 32

2) Wieczorek, § 620 Anm. C III c 2

3) S. 134 f

ist, wenn durch einstweilige Anordnung die Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind im Verhältnis der Ehegatten zueinander geregelt wird. Die einstweilige Anordnung hat noch dazu den Vorteil, daß mit ihr im Gegensatz zur einstweiligen Verfügung nicht nur der zeitlich begrenzte Notunterhalt, sondern der volle Unterhaltsanspruch ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden kann.¹⁾ Daraus folgt, daß für ein minderjähriges Kind ein Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung grundsätzlich dann fehlt, wenn die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nach § 62o S. 1 Nr. 4 besteht.

Daraus ergibt sich weiter, daß eine einstweilige Verfügung trotz der Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung dann ergehen kann, wenn z.B. ein volljähriges Kind, welches nicht mehr bei den Eltern lebt, eigene Unterhaltsansprüche geltend macht. In einem solchen Fall wird der unterhaltsrechtlichen Notlage des Unterhaltsberechtigten nicht dadurch abgeholfen, daß die Eltern im Verhältnis untereinander die Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kinde regeln können, tatsächlich dem Kind Unterhalt aber nicht leisten. Ebenso ist der Verfügungsgrund für ein minderjähriges Kind zu bejahen, wenn es sich nicht bei den Eltern befindet und seine Unterhaltsansprüche durch einen Pfleger geltend macht.²⁾

e) Besonderheiten der Vollziehung

Für das Verfahren der einstweiligen Verfügung sind gemäß § 936 die Vorschriften des Arrestes

1) Borgmann, FamRZ 1985, 338 m.w.N.

2) Bölling, S. 135, auch zu der Frage, ob trotz des Bestehens einer einstweiligen Verfügung eine einstweilige Anordnung beantragt werden kann.

entsprechend anwendbar, somit grundsätzlich auch die Regelung über die Vollziehung in § 929 Abs.2.¹⁾

Danach muß eine einstweilige Verfügung binnen eines Monats nach Verkündung bzw. Zustellung an die beantragte Partei vollzogen werden. Wird die Frist nicht eingehalten, so ist die Vollziehung unstatthaft, die einstweilige Verfügung kann dann gemäß §§ 936, 927 wegen veränderter Umstände auf Antrag aufgehoben werden, und zwar auch noch im Rahmen eines Berufungsverfahrens.²⁾

Welche Voraussetzungen bei einer auf wiederkehrende Leistungen gerichteten Verfügung an die Vollziehung zu stellen sind und wie die Vollziehungsfrist zu bemessen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

aa) Anwendbarkeit des § 929 Abs. 2 ZPO

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß § 929 Abs. 2 auf einstweilige Verfügungen, die auf Erbringung wiederkehrender Leistungen gerichtet sind, nicht anwendbar sei und daß daher aus der einstweiligen Verfügung ohne zeitliche Begrenzung vollstreckt werden könne, weil wegen der künftigen Raten eine Vollziehung innerhalb der Monatsfrist nicht möglich sei.³⁾

Auszugehen ist vom Sinn der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2; dieser liegt darin, den Gläubiger

1) Allgem. Meinung, Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm. 2

2) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 929 Anm. 2 C; Stein/Jonas/Grunsky, § 929 Anm. II 3; Wedemeyer, NJW 1979, 294

3) OLG Stuttgart, JW 1932, 2905; Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 97 II 1 (S.471); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm. 3 A; Rosenberg, S. 1111 (§ 215 V 1)

zu zwingen, alsbald von der einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen. Der Schuldner soll nicht damit rechnen, daß noch nach Ablauf längerer Zeit unter möglicherweise wesentlich veränderten Umständen gegen ihn vollstreckt wird.¹⁾

Das Vollziehungsgebot hat somit eine Warnfunktion gegenüber dem Schuldner und bedeutet eine Einschränkung der Rechte des Gläubigers, der nur einen Titel im Eilverfahren ohne nähere Prüfung erlangt hat.²⁾

Entsprechend diesem Zweck ist eine Aktivität des Gläubigers innerhalb der Frist des § 929 Abs.2 erforderlich.

Gerade bei Leistungsverfügungen wird der Sinn der Vollziehungsfrist und ihre Schutzfunktion zugunsten des Schuldners besonders deutlich. Der Gläubiger hat in einem summarischen Eilverfahren einen Titel erstritten, weil der Schuldner eine Notlage glaubhaft gemacht hat. Die Leistungsverfügung geht über die nach §§ 935, 940 sonst zulässigen Anordnungen hinaus, weil sie bereits zu einer (Teil-) Befriedigung des Gläubigers führt. Ist der Gläubiger so dringend auf sofortige Hilfe angewiesen, daß er das ordentliche Erkenntnisverfahren nicht abwarten kann, so ist ihm auch zuzumuten, die einstweilige Verfügung binnen eines Monats zu vollziehen.

-
- 1) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; 1980, 909, 910; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 733; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144, 1145; OLG Celle, FamRZ 1984, 1248; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 537, 538; OLG Hamm, WRP 1978, 394; Schmidt-von Rhein, NJW 1976, 792 ff.; Wedemeyer, NJW 1979, 293; Lang, AnwBl 1981, 236
- 2) OLG Hamm, FamRZ 1983, 583 f; OLG Oldenburg, FamRZ 1982, 1256, 1257

Eine zeitlich unbegrenzte Vollziehungsmöglichkeit würde dem Sinn der einstweiligen Verfügung - Abhilfe in dringenden Notlagen - widersprechen. Der Schuldner müßte befürchten, auch noch unter wesentlich geänderten Umständen, etwa nach Wegfall der Bedürftigkeit des Gläubigers, in Anspruch genommen zu werden.

Zu Recht wendet daher die Rechtsprechung und weit- aus h.M. in der Literatur § 929 Abs.2 auch auf einstweilige Verfügungen über wiederkehrende Lei- stungen an.

bb) Bestimmung der Vollziehungsfrist

Trotz grundsätzlicher Einigkeit der h.M. über den Ausgangspunkt besteht Streit darüber, ob die Vollziehungsfrist für jeden einzelnen Teilbetrag selbständig und unabhängig von der Vollziehung der früher fälligen Beträge läuft,¹⁾ oder ob die Frist des § 929 Abs. 2 ab Erlaß der einstweiligen Verfügung läuft und ob die Versäumung der fristge- rechten Vollziehung hinsichtlich der ersten Teil- leistung die Vollziehung insgesamt ausschließt.²⁾

Eine Annäherung der gegensätzlichen Standpunkte ergibt sich daraus, daß auch die Anhänger der

1) so OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324, 325; 1980, 909, 910; OLG Hamm (5.FamS), FamRZ 1980, 1144; (6.FamS), 1983, 1256; OLG Schleswig, FamRZ 1981, 456; OLG Bremen, FamRZ 1980, 1146; Stein/ Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 38; Wieczorek/Schütze, § 928 Anm. A III b; Jauernig, ZwVR, § 937 Anm. V 2; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 73; Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 97 II 1 (S. 471)

2) so OLG Hamm (1.FamS), FamRZ 1981, 583; (4.FamS), FamRZ 1985, 411, 412; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 537; 1980, 476, 477; OLG Celle, FamRZ 1984, 1248; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 733; OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256, 1257; Diederichsen, Das Recht der Ehescheidung, S. 185; Bruns/Peters, S. 288; Zöllner/Vollkommer, § 929 Rz.19

Auffassung, daß § 929 Abs. 2 nicht anwendbar ist bzw. daß für jede Teilleistung die Vollziehungsfrist unabhängig von der Vollziehung der früher fällig gewordenen Teilbeträge läuft, zum Teil eine Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb innerhalb der Frist des § 929 Abs.2 ab Zustellung oder Verkündung verlangen.¹⁾

Durch das Unterlassen einer fristgemäßen Vollziehung macht der Gläubiger deutlich, daß die Notlage, die zum Erlaß der einstweiligen Verfügung geführt hat, doch nicht so groß ist, wie zunächst glaubhaft gemacht. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Vollziehung unterbleibt, obwohl der Schuldner nicht zahlt.²⁾ Bei der Vollziehung darf daher nicht nur auf die einzelne Teilleistung abgestellt werden. Wird nicht fristgemäß nach Zustellung oder Verkündung vollzogen, so ist die Vollziehung insgesamt ausgeschlossen. Für diese Auffassung spricht auch, daß die einstweilige Verfügung einen einheitlichen Staatshoheitsakt darstellt, der auch einer einheitlichen Vollziehung bedarf.³⁾

cc) Bestimmung der Vollziehungshandlung

Das Gesetz sagt nicht, welche Maßnahme des Gläubigers konkret erforderlich ist, um die Frist des § 929 Abs. 2 zu wahren.⁴⁾

1) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm.3 A; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 38 i.V.m. Rz.30

2) OLG Celle, FamRZ 1984, 1248

3) OLG Celle, FamRZ 1984, 1248; OLG Hamm, FamRZ 1981, 583, 1983, 1254

4) OLG Koblenz, FamRZ 1980, 909; Zöllner/Vollkommer, § 929 Rz. 9

Zum Umfang der erforderlichen Handlung des Gläubigers haben sich im wesentlichen drei Meinungen gebildet:

Die weitestgehende Ansicht¹⁾ läßt als Vollziehung die Parteizustellung zusätzlich zur Amtszustellung genügen.²⁾ Andere verlangen den Beginn der Zwangsvollstreckung sowie teilweise zusätzlich auch die Zustellung im Parteibetrieb.³⁾

In der Literatur wird es zum Teil für ausreichend gehalten, wenn neben einer Zustellung im Parteibetrieb ein Antrag des Gläubigers beim zuständigen Vollstreckungsorgan auf Vornahme der Zwangsvollstreckung gestellt wird, auch wenn die Zwangsvollstreckung selbst innerhalb der Frist noch nicht eingeleitet wird.⁴⁾

Welche Maßnahme im Einzelfall erforderlich ist, richtet sich nach dem Sinn des Vollziehungsgebotes, wonach der Schuldner nach Ablauf eines Monats nicht mehr mit einer Vollstreckung rechnen muß, wenn der Gläubiger untätig geblieben ist.⁵⁾

1) insoweit übereinstimmend mit Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm. 3 A

2) OLG Hamm, (1.FamS) FamRZ 1981, 583; 1983, 1254, 1255; OLG Schleswig, FamRZ 1981, 456; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 537; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 733; mit Einschränkungen auch OLG Koblenz, (15.ZS) FamRZ 1980, 909, 910: Parteizustellung als erster Schritt der Vollstreckung

3) OLG Zweibrücken, OLZ 1983, 466; OLG Hamm (5.FamS) FamRZ 1980, 1144; (6.FamS) FamRZ 1983, 1256; OLG Koblenz, (13.ZS) FamRZ 1979, 324; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476; OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256; wohl auch OLG Celle, FamRZ 1984, 1248; Lang, AnwBl 1981, 238

4) Zöllner/Vollkommer, § 929 Rz. 10; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 38, § 929 Rz. 15; Baur/Stürner, S. 348 (Rz. 873); Jauernig, ZwVR, § 36 III

5) Stein/Jonas/Grunsky, § 936 Rz. 38

Danach ist zu differenzieren:

(1) Vollziehung bei freiwilliger Leistung des Schuldners

Leistet der Schuldner pünktlich die angeordneten Beträge freiwillig, wenn auch zur Abwendung der Zwangsvollstreckung, so bedarf es keiner zusätzlichen Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers. Freiwillige Leistungen machen die Zwangsvollstreckung überflüssig;¹⁾ der Gläubiger muß in diesem Fall die Vollziehung durch Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb bewerkstelligen.²⁾

Diese Situation ist ebenso zu beurteilen, wie wenn durch die einstweilige Verfügung ein Gebot oder Verbot ausgesprochen worden ist.³⁾

Bei einer derartigen Verfügung muß der Gläubiger nach einhelliger Meinung seinen Willen, seine Ansprüche ernsthaft durchsetzen zu wollen, gem. § 929 Abs. 2 durch Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb zum Ausdruck bringen.⁴⁾

1) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324, 325; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 30

2) OLG Hamm, FamRZ 1985, 411, 412

3) Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 38

4) BGH, RPfleger 1982, 306; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 733; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144; Zöller/Vollkommer, § 929 Rz. 18; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm. 2 A; Rosenberg, S. 1112; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 30; a.A. OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256 f, welches davon ausgeht, daß der Gläubiger diesen Willen bereits deutlich durch die Einleitung und Durchführung des Verfahrens zum Ausdruck gebracht hat. Diese Ansicht übersieht, daß § 929 Abs. 2 vom Gläubiger eine Aktivität nach Verkündung bzw. Erlaß der einstweiligen Verfügung verlangt.

(2) Vollziehung bei Nichtleistung des Schuldners

Gemeinsam ist allen insoweit bestehenden unterschiedlichen Auffassungen, daß es für die Vollziehung eines auf die Durchführung der Vollstreckung abzielenden Tätigwerdens des Gläubigers bedarf.¹⁾ Anerkannt ist auch, daß die Vollstreckung nicht innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 abgeschlossen sein muß. Es reicht aus, daß die Vollstreckung eingeleitet worden ist und nach Fristablauf so fortgesetzt wird, daß die nach Fristablauf erfolgte weitere Vollziehung als einheitlicher Akt mit der fristgemäß begonnenen Maßnahme erscheint.²⁾

Die Amtszustellung reicht als Beginn der Vollziehung nicht aus; erforderlich ist mindestens die Parteizustellung und im zeitlichen Zusammenhang damit der Beginn der Vollstreckungsmaßnahmen.³⁾

Die Parteizustellung ist aber keine Vollstreckungshandlung und dann nicht erforderlich, wenn rechtzeitig mit der Zwangsvollstreckung begonnen wird.⁴⁾ Aus § 929 Abs. 3 wird ersichtlich, daß das Gesetz Vollziehung und Zustellung als unterschiedliche

1) OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256

2) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324, 325; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476, 477; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144; FamRZ 1981, 583; Baur/Stürner, S. 348; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 Rz. 38 und § 929 Rz. 11 zur Frage, ob nicht schon der Antrag des Gläubigers, mit der Zwangsvollstreckung zu beginnen, als Beginn der Vollziehung ausreicht; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 929 Anm. 2 B

3) OLG Koblenz, FamRZ 1980, 909, 910; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 538; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 733; OLG Hamm, FamRZ 1983, 1254, 1255, allerdings unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 927 Abs. 1

4) OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476, 477
a.A. Zöllner/Vollkommer, § 929 Rz. 19 m.w.N.

Begriffe ansieht.¹⁾ Die Zustellung der einstweiligen Verfügung gehört zu den Vollstreckungsvoraussetzungen, nicht jedoch zum Bereich der Vollstreckung selbst.²⁾ Einstweilige Verfügungen werden von Amts wegen zugestellt, §§ 319 Abs. 1, 329 Abs. 3; neben dieser amtswegigen Zustellung hat die Zustellung im Parteibetrieb entgegen der Ansicht des OLG Oldenburg die Bedeutung, daß der Gläubiger damit den Willen dokumentiert, nunmehr Rechte aus der einstweiligen Verfügung geltend zu machen und mit der Zwangsvollstreckung zu beginnen.³⁾

Der Gläubiger darf sich damit jedoch nicht begnügen. Leistet der Schuldner nicht, muß der Gläubiger im zeitlichen Zusammenhang mit der Zustellung Vollstreckungsmaßnahmen einleiten.

Die Vollziehung der Leistungsverfügung, die eine Zahlung anordnet, wird entsprechend den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, §§ 803 ff., bewirkt.⁴⁾

Was demnach als Beginn der Vollstreckung anzusehen ist, hängt vom Charakter der jeweiligen konkreten Maßnahme ab.⁵⁾ Die Zustellung ist nach § 750 Abs.1

1) OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144

2) OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256, 1257, das mit dieser Überlegung die Parteizustellung für überflüssig ansieht.

3) OLG Hamm, FamRZ 1983, 1254, 1255

4) OLG Koblenz, FamRZ 1979, 324; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476; Zöller/Vollkommer, § 928 Rz. 8; § 929 Rz. 19; Rosenberg, § 215 V 2 (S.1112); Baur/Stürner, S. 371 f; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 936 Anm. 3

5) OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144

Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, jedoch noch keine Vollstreckungsmaßnahme; daher reicht die Zustellung allein zur Vollziehung nicht aus.¹⁾

Entsprechend dem Sinn des Vollziehungsgebots reicht eine Parteizustellung aber dann, wenn rechtzeitig ein Antrag auf Einleitung der Zwangsvollstreckung gestellt wird. Auch in diesem Fall hat der Gläubiger gegenüber dem Schuldner durch Aktivität zum Ausdruck gebracht, daß der Schuldner mit der Zwangsvollstreckung rechnen muß.²⁾

Die Parteizustellung ist wiederum dann entbehrlich, wenn der Gläubiger rechtzeitig mit der Zwangsvollstreckung, und zwar mit Außenwirkung gegenüber dem Schuldner, begonnen hat.³⁾

Den Besonderheiten der auf wiederkehrende Leistung gerichteten einstweiligen Verfügung entsprechend muß die Vollstreckung hinsichtlich des jeweils fälligen Betrages innerhalb der Frist erfolgen. Wird die Frist wegen eines Betrages versäumt, dann ist die Vollstreckung der später fällig werdenden Beträge nicht mehr zulässig; denn in diesem Fall hat der Gläubiger durch eigene Untätigkeit zum Ausdruck gebracht, daß die Eilbedürftigkeit nicht gegeben ist.

Die Einhaltung des Vollziehungsgebotes verlangt somit vom Gläubiger, daß er bei Nichtleistung des Schuldners wegen jeder einzelnen Teilleistung innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 die Vollziehung vornimmt, wobei die Nichtvollziehung hinsichtlich einer Teilleistung die Vollziehung wegen der später fällig werdenden Leistungen insgesamt ausschließt. Der Gläubiger hat allerdings

1) OLG Oldenburg, FamRZ 1983, 1256; OLG Celle, FamRZ 1984, 1248; OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144

2) OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476

3) Hierzu OLG Koblenz, FamRZ 1980, 909; OLG Hamm, FamRZ 1983, 1254, 1255

die Möglichkeit, nach § 850 b Abs. 3 Pfändungsmaßnahmen wegen zukünftig fällig werdender Unterhaltsansprüche durchzuführen, wodurch die monatliche Zwangsvollstreckung entfällt.¹⁾

2. Sicherung zukünftig fällig werdender Unterhaltsansprüche

Wenn die Besorgnis besteht, daß zukünftige Unterhaltsansprüche nicht erfüllt werden, stellt sich die Frage, wie der Unterhaltsgläubiger eine Sicherung erlangen kann. Solche Situationen treten beispielsweise dann ein, wenn ein Unterhaltspflichtiger die Absicht hat auszuwandern und hierzu schon die Veräußerung von Immobilienvermögen einleitet.²⁾

Als Sicherungsmittel kommen für den nachehelichen Unterhalt eine Sicherheitsleistung gemäß § 1585 a BGB und im übrigen ein Arrest nach §§ 916 ff. ZPO in Betracht.

a) Sicherheitsleistung gemäß § 1585 a BGB

Bezüglich des nachehelichen Unterhalts bestimmt § 1585 a BGB, daß der Verpflichtete auf Verlangen des Gläubigers Sicherheit zu leisten hat, wobei die Höhe der Sicherheit in der Regel den Jahresbetrag des Unterhalts nicht übersteigen soll. Der Gläubiger kann Sicherheit verlangen, wenn nicht der Pflichtige beweist, daß für die Unterhaltsleistung keine Gefährdung besteht.³⁾

1) OLG Hamm, FamRZ 1980, 1144; OLG Koblenz, FamRZ 1980, 909; OLG Celle, FamRZ 1984, 1248

2) Fall nach DIV-Gutachten, DAVorm 1983, 25

3) Palandt/Diederichsen, § 1585 a Anm. 2

Eine analoge Anwendung dieser für den nachehelichen Ehegattenunterhalt geltenden Vorschriften auf andere Unterhaltsansprüche ist nicht möglich und nicht erforderlich, da eine Regelungslücke nicht besteht; denn solche Unterhaltsansprüche können durch einen Arrest gesichert werden.¹⁾

b) Sicherung zukünftiger Unterhaltsansprüche durch Arrest

Geht es um die Notwendigkeit, die spätere Beitreibung von noch nicht titulierten Unterhaltsrückständen oder erst künftig fällig werdenden Ansprüchen sicherzustellen, so kann dies im Wege des Arrestes geschehen.²⁾

Die Sicherung einer Geldforderung durch einstweilige Verfügung ist unzulässig, weil nach § 916 Abs. 1 insofern nur die Anordnung eines Arrestes statthaft ist.³⁾

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 67 (zum Kindesunterhalt); 1980, 1116 (zum ehelichen Unterhalt); Palandt/Diederichsen, § 1585 a Anm. 1; Einf. zu § 1601 Anm. 6

2) Allg. Meinung, vgl. Göppinger/Wax, Rz. 3179

3) OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476, 478; OLG Düsseldorf, NJW 1977, 1828; FamRZ 1980, 1116; OLG Köln, NJW 1970, 1883 = FamRZ 1970, 655 (LS); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, vor § 916 Anm. 2; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 Rz. 1; Thomas/Putzo, vor § 916 Anm. 3 a - c; RGZ 56, 10, 15; Ullmann, NJW 1971, 1294, 1295; Schlosser, ZPR II, Rz. 237

aa) Eigenschaft des Arrestverfahrens als Familiensache

Nach Ansicht des OLG Hamm¹⁾ sind Arrestverfahren zur Sicherung von Unterhaltsansprüchen keine Familiensache i.S. des § 23 b Abs. 1 Nr. 6 VVG. Gegenstand der Arreststreitigkeit sei nicht der Unterhaltsanspruch selbst, sondern der Anspruch auf Sicherung des Unterhaltsanspruchs bzw. der zukünftigen Zwangsvollstreckung.

Demgegenüber stellt die h.M. auf die Rechtsnatur des zu sichernden Anspruchs ab und qualifiziert ein Arrestverfahren dann als Familiensache, wenn das Hauptsacheverfahren eine Familiensache ist.²⁾

Zwar ist der Unterhaltsanspruch nicht prozessualer Streitgegenstand des Arrestverfahrens; er bildet jedoch neben dem Arrestgrund die Grundlage für den Erlaß des Arrestes.³⁾

Die Anordnung des Arrestes setzt die Glaubhaftmachung und Prüfung des Arrestanspruchs voraus; der Antragsteller muß den Anspruch darlegen und glaubhaft machen, § 920 ZPO. Das Arrestverfahren weist daher einen derart engen Zusammenhang mit dem zu sichernden Anspruch auf, daß es gerechtfertigt

1) OLG Hamm (1.FamS) NJW 1978, 57, 58 = FamRZ 1978, 128 (LS)

2) BGH, NJW 1980, 191 = FamRZ 1980, 46 = FRES Bd. 4, 312; OLG Frankfurt, NJW 1978, 1012 = FamRZ 1978, 350; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 70; OLG Hamm (6.FamS) FamRZ 1982, 621; OLG Karlsruhe, FRES Bd 5, 281 = FamRZ 1981, 63 (LS); zum Teil gehen die FamG als selbstverständlich von ihrer Zuständigkeit aus, OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44; 1981, 1116; OLG Hamm (2.FamS) FamRZ 1980, 391; Walter, Neuer Prozeß, S. 71 f; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 621 Anm. 1; Thomas/Putzo, § 621 Anm. 1 a, § 919 Anm. 2 d; Zöller/Philippi, § 621 Rz.15; Göppinger/Wax, Rz. 3182; Vogel, AnwBl 1980, 398, 405

3) BGH a.a.O.; Walter a.a.O.

tigt ist, das Arrestverfahren dann als Familiensache einzuordnen, wenn der zu sichernde Anspruch eine Familiensache darstellt.

Da nach § 23 b Abs. 1 GVG alle Streitigkeiten, die die gesetzliche Unterhaltspflicht betreffen, Familiensachen sind, kann es für die Einordnung als Familiensache nicht ausschließlich auf den prozessualen Streitgegenstand ankommen, sondern auch auf den Bezug zur Hauptsache.¹⁾

bb) Zulässigkeit des Arrestes

In Rechtsprechung und Literatur wird allgemein anerkannt, daß auch künftig fällig werdende Unterhaltsansprüche durch Arrest gemäß § 916 Abs. 2 gesichert werden können.²⁾

Ein Arrest ist auch dann noch zulässig, wenn die Unterhaltsansprüche bereits tituliert sind; denn nach § 751 Abs. 1 ist wegen erst künftig fällig werdender Ansprüche eine Zwangsvollstreckung grundsätzlich nicht möglich.³⁾ Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist die Vollstreckung künftig fällig werdender Unterhaltsansprüche durch Pfändung von Arbeitseinkommen gemäß § 850 d Abs. 3 möglich.⁴⁾

1) BGH, FamRZ 1978, 672, 673 = NJW 1978, 1812; FamRZ 1980, 46 = NJW 1980, 191

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44; 1981, 67; 1980, 1116; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 70; OLG Hamm, FamRZ 1980, 391; OLG Colmar, OLGE 17, 346; OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 350, 351; Stein/Jonas/Grunsky, § 916 Rz. 3; Zöllner/Vollkommer, § 916 Rz. 8; Göppinger/Wax, Rz. 3181; Vogel, AnwBl 1980, 398, 405; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 74; Palandt/Diederichsen, Einf. zu § 1601 Anm. 6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 916 Anm. 3 D

3) OLG Hamm, FamRZ 1980, 391; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44, 45; AG Geilenkirchen, FamRZ 1984, 1227; Göppinger/Wax, Rz. 3181; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 751 Anm. 1; Zöllner/Stöber, § 751 Rz. 2

4) Zöllner/Stöber, § 751 Rz. 2

In sonstige Vermögenswerte darf auch wegen zukünftiger Unterhaltsansprüche nicht vollstreckt werden.¹⁾ Daher kann trotz der Existenz eines vollstreckbaren Titels bei bestehendem Sicherungsbedürfnis ein Arrest zur Sicherung zukünftiger Unterhaltsansprüche ergehen.²⁾

Der Arrest kommt bezüglich aller Unterhaltsansprüche in Betracht, auch bezüglich des Ehegattenunterhalts, für den nach § 1585 a BGB ein materieller Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht; denn die Möglichkeit, einen Anspruch durch Arrest oder einstweilige Verfügung zu sichern, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein materieller Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht.³⁾

Liegt bereits ein vollstreckbares Urteil über den zu sichernden Anspruch vor, so ist ein Arrestverfahren wegen der bereits fälligen Beträge unzulässig. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit ganz oder teilweise von einer Sicherheitsleistung abhängt; denn in solchen Fällen sind Sicherungsvollstreckungsmaßnahmen gemäß § 720 a möglich.⁴⁾

Ausnahmsweise kann ein Arrest dennoch zulässig sein, wenn die Wartefrist nach § 750 Abs. 3 noch nicht verstrichen ist.⁵⁾

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44, 45

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44; Baur, Studien, S. 77 f; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 917 Anm. 1 D d

3) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 916 a.a.O.; Palandt/Diederichsen, § 1585 Anm. 1

4) Göppinger/Wax, Rz. 3181; diese, am 1.7.1977 in Kraft getretene Vorschrift wird von Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 917 Anm. 1 D b, der auf ältere Fundstellen verweist, übersehen.

5) Göppinger/Wax, Rz. 3181

cc) Voraussetzungen

Die Anordnung und Vollziehung des Arrestes richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 916 ff. Arrestanspruch und Arrestgrund sind grundsätzlich glaubhaft zu machen, § 920 Abs.2.

Eine schlechte Vermögenslage des Schuldners und ein drohender Ansturm anderer Gläubiger stellen nach h.M. noch keinen Arrestgrund dar.¹⁾

Wegen des Vorrangs von Unterhaltsforderungen gegenüber sonstigen Zahlungsforderungen (§§ 850 d, 850 e) sollte jedoch im Rahmen der Sicherung von Unterhaltsansprüchen auch eine absehbare Vermögensverschlechterung des Schuldners als Arrestgrund ausreichen.²⁾

dd) Umfang der zu sichernden Unterhaltsansprüche

Im Rahmen des Arrestgrundes ist die Frage zu prüfen, für welchen Zeitraum Unterhaltsansprüche zu sichern sind, vorausgesetzt ein materieller Unterhaltsanspruch für diesen Zeitraum ist glaubhaft gemacht.

Eine starre zeitliche Begrenzung ist abzulehnen; entscheidend ist eine Prüfung, inwieweit im konkreten Einzelfall ein ernstlicher Grund vorhanden ist, um das Vermögen des Schuldners schon jetzt festzulegen.³⁾

Dabei ist die Wertung des § 1585 a BGB zu berücksichtigen, wonach der unterhaltsberechtigte geschie-

1) RGZ 67, 26; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 476; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 917 Anm. 1 C; Thomas/Putzo, § 917 Anm. 1 b; a.A. Grunsky, NJW 1976, 553

2) Göppinger/Wax, Rz. 3181; Grunsky, NJW 1976, 553; Stein/Jonas/Grunsky, § 917 Rz. 1

3) OLG Colmar, OLGE 17, 346

dene Ehegatte nur in Ausnahmefällen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat, der über den Jahresbetrag der Unterhaltsrente hinausgeht.¹⁾

Abzuwägen sind der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Unterhaltsansprüche, das Maß der Gefährdung der Durchsetzung dieser Ansprüche sowie die Schwere der Beeinträchtigung für den Schuldner.²⁾

II. Vorläufiger Rechtsschutz in Familiensachen betreffend Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht

Leben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so steht, wenn der Zugewinn eines Ehegatten den Zugewinn des anderen übersteigt, dem anderen Ehegatten die Hälfte des Überschusses als Ausgleichsforderung zu, § 1378 Abs. 1 BGB. Nach § 1378 Abs. 3 BGB entsteht die Ausgleichsforderung mit der Beendigung des Güterstandes. Als Beendigungsgründe kommen in Betracht: Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns, Nichtigkeitserklärung, Scheidung und Aufhebung der Ehe sowie der Abschluß eines Ehevertrages, durch den der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aufgehoben wird (§§ 1408, 1414 BGB).³⁾

Mit Ausnahme des Abschlusses eines Ehevertrages tritt die Beendigung mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung ein.

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44, 45; vgl. MünchKomm/Richter, § 1585 a Rz. 7

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 44, 46, welches im konkreten Fall einen Arrest für einen Zeitraum von 5 Jahren anordnet. AG Geilenkirchen, FamRZ 1984, 1227 (7 Jahre)

3) Furtner, NJW 1965, 373, 374

Besteht aufgrund des Verhaltens des ausgleichspflichtigen Ehegatten die Gefahr, daß Ausgleichsansprüche nicht mehr realisiert werden können, so stellt sich die Frage, ob und wie der ausgleichsberechtigte Ehegatte diesen Risiken begegnen kann.

Das Gesetz hat die Möglichkeit, daß der ausgleichspflichtige Ehegatte durch Manipulationen die Forderungen zu seinen Gunsten beeinflussen könnte, durchaus erkannt. Daher wird der Zugewinn nach § 1384 BGB im Falle der Scheidung und nach § 1387 BGB im Falle des vorzeitigen Ausgleichs auf den Zeitpunkt der Klageerhebung statt auf den der Rechtskraft berechnet; nach § 1375 Abs. 2 BGB werden Minderungen des Vermögens durch unentgeltliche Zuwendungen, Verschwendungen oder bewußte Benachteiligungen dem Endvermögen wieder hinzugerechnet.¹⁾

Mit der Rechtshängigkeit wird das Endvermögen festgeschrieben; spätere Veränderungen mindern das Endvermögen und damit den Zugewinn nicht. Bestand und Höhe der Ausgleichsforderung bleiben bis zur Grenze des § 1378 Abs. 2 BGB unberührt.²⁾

Hierdurch werden die Interessen des ausgleichsberechtigten Ehegatten an einer sachgerechten Zugewinnberechnung gewahrt.³⁾

Dem Schutz des Ehegatten dienen auch die Vorschriften der §§ 1365, 1369 BGB, wonach ein Ehegatte über sein Vermögen im ganzen und über ihm gehörende

1) Harms, FamRZ 1966, 585

2) MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 1

3) Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 3 (wenn es dort "ausgleichspflichtiger" Ehegatte heißt, handelt es sich dabei um einen ersichtlichen Druckfehler.)

Gegenstände des ehelichen Hausrats bis zur Rechtskraft der Scheidung nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten verfügen kann.¹⁾

Diese Vorschriften bedeuten aber noch keine Sicherung der Realisierung des zum Stichtag ermittelten Ausgleichsanspruches; gerade dafür besteht gegenüber einem böswilligen Ehegatten ein besonderes Bedürfnis.

1. Sicherungsmöglichkeiten vor Beendigung des Güterstandes

a) Sicherheitsleistung gemäß § 1389 BGB

Nach Rechtshängigkeit eines Prozesses auf Auflösung der Ehe oder auf vorzeitigen Zugewinnausgleich gibt § 1389 BGB dem Gläubiger der künftigen Ausgleichsforderung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung und trägt damit dem in einem solchen Stadium regelmäßig bestehenden unabweisbaren Bedürfnis nach Sicherung der künftigen Ausgleichsforderung Rechnung.²⁾

Allerdings kann diese Sicherheitsleistung nach der gesetzlichen Regelung ihren Zweck gerade nicht erfüllen; denn nach § 1378 BGB Abs. 2 BGB ist die Höhe der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens begrenzt, das zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes tatsächlich vorhanden ist. Der Gläubiger der Ausgleichsforderung hat es somit in der Hand, durch Manipulationen und

1) MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 1; Furtner, NJW 1965, 373, 374; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 1

2) Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 2; Soergel/Lange, § 1389 Rz. 2

Vermögensverschiebungen oder auch nur durch aufwendigen Lebensstil die Höhe der Ausgleichsforderung zu beeinflussen.¹⁾ Die Sicherheitsleistung bietet keine Sicherheit vor einer Verminderung des Aktivvermögens und einer Vermehrung der Verbindlichkeiten bis zur Beendigung des Güterstandes mit der Konsequenz, daß damit ein Ausgleichsanspruch verringert wird oder gänzlich entfällt.

Da der Anspruch auf Sicherheitsleistung akzessorisch ist,²⁾ entfällt er mit dem Wegfall der gesicherten Forderung; geleistete Sicherheiten sind zurückzugewähren.³⁾

In der Literatur ist vereinzelt versucht worden, über den Weg der Gesetzesauslegung Lösungsmöglichkeiten zu finden, die den Schutz des Gläubigers entsprechend dem Normzweck des § 1389 BGB gewährleisten. Ziege⁴⁾ will über eine teleologische Auslegung erreichen, daß § 1378 Abs. 2 BGB in den Fällen der §§ 1384, 1387 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes abstellt, sondern daß die Höhe der Ausgleichsforderung durch das Vermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten begrenzt wird, das er nach Abzug der Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Klageerhebung besitzt.

Harms⁵⁾ ergänzt § 1389 BGB im Wege der teleologischen Ausdehnung mit dem Rechtssatz, daß der Ausgleichsanspruch als fortbestehend gilt, sobald

1) BGB-RGRK/Finke, § 1389 Rz. 13; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 4 f; MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 1 f; Soergel/Lange, § 1389 Rz. 2; Harms, FamRZ 1966, 585 ff; Ziege, NJW 1964, 2394; Ullmann, NJW 1971, 1294; Schröder, FamRZ 1985, 392

2) Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 4

3) Harms, FamRZ 1966, 585, 590 f

4) NJW 1964, 2394 f; vgl. auch Krüger/Breetzke/Nowak, § 1384 Rz. 1

5) FamRZ 1966, 585, 593 f

und soweit Sicherheiten geleistet sind.¹⁾

Diese Auffassungen werden von der h.M. unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut und den Zweck der Vorschrift, einen Ehegatten nicht mit einer ehedgüterrechtlich begründeten Überschuldung aus dem Güterstand zu entlassen und andere Gläubiger zu schützen, abgelehnt.²⁾

Eine Auseinandersetzung mit diesen Problemen kann hier nicht erfolgen. Sachgerecht und zustimmungswert erscheint jedoch die Ansicht, wonach ein Ausgleichsanspruch jedenfalls in Höhe geleisteter Sicherheit bestehen bleibt, weil diese Ansicht dem erklärten Gesetzeszweck des § 1389 BGB gerecht wird.³⁾

b) Sicherung des Ausgleichsanspruchs durch Arrest oder einstweilige Verfügung

Der künftige Ausgleichsanspruch kann nach § 916 Abs. 2 nur dann durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden, wenn es sich um einen betagten oder bedingten Anspruch handelt.

-
- 1) ebenso MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 2; Gernhuber, § 36 I 2; vgl. auch OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 895, 896
 - 2) BayObLG, NJW 1975, 833, 835 = FamRZ 1975, 211, 213; OLG Hamburg, NJW 1964, 1078, 1079; BGB-RGRK/Finke, § 1389 Rz.13; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 4; Soergel/Lange, § 1378 Rz. 8, § 1389 Rz. 2; Ullmann, NJW 1971, 1294
 - 3) BegrRegE zum GleichberG, BT-Drucks. II/224, S. 37 f; dazu auch Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 5; Schröder, FamRZ 1985, 392

In der Literatur ist vereinzelt angenommen worden, daß die künftige Ausgleichsforderung durch einstweilige Verfügung gesichert werden kann.¹⁾ Nach § 1378 Abs. 2 BGB entsteht der Ausgleichsanspruch jedoch erst mit Beendigung des Güterstandes, d.h. entweder mit Abschluß des Ehevertrages, sonst mit Rechtskraft der Entscheidung im Falle einer Aufhebung des Güterstandes durch richterlichen Akt. Erst dann ist der Anspruch vererblich und übertragbar.²⁾

Vor Beendigung des Güterstandes ist noch kein Anspruch entstanden und einklagbar; es handelt sich daher bis zu diesem Zeitpunkt um ein erst künftiges, noch nicht entstandenes Recht,³⁾ das nicht einmal Gegenstand von Verpflichtungsgeschäften sein kann.⁴⁾

Nach § 916 Abs. 2 kann Gegenstand des Arrestes und über § 936 auch der einstweiligen Verfügung auch ein bedingter oder betagter Anspruch sein. Darunter fallen nach nahezu einhelliger Meinung jedoch nicht künftige, noch nicht entstandene Ansprüche.⁵⁾

1) Ullmann, NJW 1971, 1294 ff.; Zöllner/Scherübl, 13. Aufl. § 916 Anm. II 2 b, der sich zu Unrecht auf OLG Köln, NJW 1970, 1883 beruft; das OLG Köln befaßt sich, in der Diktion allerdings nicht immer sehr klar, mit der Sicherung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung, nicht aber des Ausgleichsanspruchs selbst.

2) BayObLG, NJW 1975, 833 = FamRZ 1975, 211; Schlüter, FamR, S. 77

3) Demgegenüber ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 1389 BGB ein gegenwärtiger Anspruch, Bartholomeyczik, JZ 1965, 500

4) Soergel/Lange, § 1389 Rz. 13; Schlüter, FamR, S. 77

5) RGZ 74, 158, BGB-RGRK/Finke, § 1389 Rz. 1

Zu den künftigen Forderungen, die gem. § 916 Abs.2 gesichert werden können, gehören Ansprüche nur dann, wenn schon auf künftige Leistung geklagt werden kann.¹⁾

Solange der Anspruch jedoch noch nicht entstanden ist, besteht ein auch nur bedingter oder betagter Arrest- oder Verfügungsanspruch nicht, so daß der Anspruch auf Zugewinnausgleich erst nach Auflösung des Güterstandes durch Arrest sicherbar ist.²⁾ Daher kann der künftige Anspruch auf Zugewinnausgleich nicht durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden.³⁾

-
- 1) Wieczorek/Schütze, § 916 Anm. A III a 4, zu Unrecht rechnet Schütze den Anspruch auf Sicherheitleistung zu den sicherungsfähigen zukünftigen Ansprüchen; insoweit handelt es sich um einen gegenwärtigen Anspruch; Harms, FamRZ 1966, 585, 586
 - 2) KG, FamRZ 1974, 310, 311; OLG Hamm, FamRZ 1982, 621, 622 = NJW 1982, 1711 = MDR 1982, 674; Beitzke, § 14 III 5 d; Thomas/Putzo, § 916 Anm. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 916 Anm. 3 D, wobei aber der Unterschied zwischen der Sicherung des gegenwärtigen Anspruchs auf Sicherheitleistung und des Ausgleichsanspruchs nicht klar erkannt wird.
 - 3) BayObLG, MDR 1975, 491; OLG Celle, FamRZ 1984, 1231; Zöller/Vollkommer, § 916 Rz. 8; BGB-RGRK/Finke, § 1389 Rz. 1; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 1; Palandt/Diederichsen, § 1389 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 916 Anm. 3 D, 940 Anm. 3 B; Soergel/Lange, § 1389 Rz. 13, jedoch unscharf in der Formulierung, wenn es dort heißt, "vor Erhebung der in § 1389 genannten Klage" sei eine Sicherung nicht möglich; aus dem folgenden Text ergibt sich, daß Lange eine Sicherungsmöglichkeit erst mit Beendigung des gesetzl. Güterstandes, also mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung, annimmt; Erman/Heckelmann, § 1389 Rz.3; MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 4; Harms, FamRZ 1966, 585, 586; a.A. Baur/Stürner, S. 335 Fn. 4; Stein/Jonas/Grunsky, § 916 Rz. 11

**c) Vorläufiger Rechtsschutz bezüglich des
Anspruchs aus § 1389 BGB**

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist durch
Klage geltend zu machen.¹⁾ Fraglich ist, ob und
welche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines
vorläufigen Rechtsschutzes vor Abschluß des Ver-
fahrens nach § 1389 BGB bestehen. Eine einstweilige
Anordnung gemäß § 620 ist nicht möglich, da eine
derartige Regelung in § 620 nicht vorgesehen ist.²⁾
Als Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes bleiben
daher Arrest und einstweilige Verfügung. Insoweit
herrscht Streit, ob ein und welcher Rechtsbehelf
zulässig ist.

aa) Meinungsstand

In Rechtsprechung und Literatur wird nahezu jede
nur denkbare Ansicht vertreten.

Eine Meinung hält nach Wahl des Gläubiger sowohl
eine einstweilige Verfügung als auch einen Arrest
für möglich, da es sich bei dem Anspruch auf Sicher-
heitsleistung um einen Individualanspruch handle,
der in eine Geldforderung übergehen könne.³⁾

1) Staudinger/Thiele, § 1389 Rz.19; MünchKomm/Gern-
huber, § 1389 Rz.17; Furtner, NJW 1965, 373, 374

2) Allg.M., OLG Nürnberg, FamRZ 1966, 357 zu
§ 627 a.F.; MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz.16;
Soergel/Lange, § 1389 Rz. 14

3) RG Gruchot 46, 655 zu § 1391 BGB a.F.; OLG
Hamburg, NJW 1964, 1076 = JZ 1965, 498 m. Anm.
Bartholomeyczik, JZ 1965, 500; BayObLG, NJW
1975, 833, 835 = FamRZ 1975, 211, 213; Krüger/
Breetzke/Nowak, § 1389 Rz. 4; Erman/Heckelmann,
§ 1389 Rz. 25; Soergel/Lange, § 1389 Rz. 11;
MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 15; Staudinger/
Thiele, § 1389 Rz. 20; BGB-RGRK/Finke, § 1389
Rz. 7; Dölle I, S. 846; Beitzke, § 14 III 5;
Harms, FamRZ 1966, 585; Baumbach/Lauterbach/
Hartmann, § 935 Anm. 1 C und § 916 Anm.3 D,
wo allerdings zu Unrecht der Anspruch aus
§ 1389 als Beispiel eines "künftigen Anspruchs"
aufgeführt wird; der Anspruch aus § 1389 BGB
ist ein gegenwärtiger Anspruch; mit Einschrän-
kung auch Palandt/Diederichsen, § 1389 Anm.1

Nach anderer Auffassung ist nur eine einstweilige Verfügung zulässig, da der Anspruch aus § 1389 keine Geldforderung sei und in eine solche auch nicht übergehen könne.¹⁾ Ähnlicher Auffassung ist Stollenwerk,²⁾ der grundsätzlich eine einstweilige Verfügung für zulässig hält, einen Arrest aber dann, wenn eine geeignete Sicherung nicht zu erlangen sei und der Schuldner sich in Verzug befindet.

Eine weitere Meinung hält nur den Arrest als Sicherungsmittel für zulässig,³⁾ wobei ein Teil der Vertreter dieser Ansicht einschränkend verlangt, daß der Schuldner mit der Gestellung von Sicherheiten in Verzug geraten ist.⁴⁾

Keinen vorläufigen Rechtsschutz scheint das OLG Celle⁵⁾ für zulässig zu halten.

bb) Stellungnahme

Ob der materiell-rechtliche Anspruch aus § 1389 BGB durch Arrest oder ob er durch einstweilige Verfügung gesichert werden kann, richtet sich nach der Natur des zu sichernden Anspruchs. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen dem Arrest als

-
- 1) KG, FamRZ 1974, 310 = MDR 1974, 755 (jedenfalls vor Verzugseintritt); Palandt/Diederichsen, § 1389 Anm. 1 (Arrest nur, wenn genügende Sicherheit nicht erlangbar ist und bei Verzug des Schuldners); OLG Hamburg (2.FamS) FamRZ 1982, 284; ohne Begründung Bergerfurth, Der Ehescheidungsprozeß, S. 130, Fn 12
 - 2) Stollenwerk, in Rahm, VI Rz. 75
 - 3) OLG Hamm, FamRZ 1985, 71; wohl auch FamRZ 1982, 621; OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 895, 896; Furtner, NJW 1965, 373, 374, 376; Wieczorek/Schütze, § 916 Anm. A III a 3, 4; Ullmann, NJW 1971, 1294
 - 4) OLG Köln, NJW 1970, 1883 = FamRZ 1970, 655 (LS); FamRZ 1983, 709; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 1233
 - 5) OLG Celle, FamRZ 1984, 1231 m. Anm. Schröder, FamRZ 1985, 392

Sicherungsinstrument zugunsten von Geldforderungen und solchen Ansprüchen, die in eine Geldforderung übergehen können, und der einstweiligen Verfügung in allen übrigen Fällen.¹⁾ Bei reinen Geldforderungen und dann, wenn der Anspruch auf Individualleistung sich bereits in eine Geldforderung verwandelt hat, ist der Arrest das ausschließlich zulässige Sicherungsmittel.²⁾

Auf den Anspruch nach § 1389 BGB auf Sicherheitsleistung finden nach allgemeiner Ansicht die §§ 232 ff. BGB Anwendung, wonach das Wahlrecht unter den in § 232 Abs. 1 BGB angeführten Sicherheiten dem Schuldner zusteht.³⁾ Der Anspruch auf Sicherheitsleistung wird gemäß § 887 ZPO vollstreckt.⁴⁾

Erfüllt der Schuldner die ihm obliegende Sicherheitsverpflichtung nicht, so geht das Wahlrecht zu Beginn der Zwangsvollstreckung in entsprechender Anwendung von § 264 BGB auf den Gläubiger über.⁵⁾ Ist das Wahlrecht auf den Gläubiger über-

1) Schlosser, ZPR II, Rz. 237

2) OLG Düsseldorf, NJW 1977, 1828; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 Rz. 38, 44; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 916 Anm. 1 A

3) BayObLG, NJW 1975, 833, 835; OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 704; OLG Hamm, FamRZ 1985, 71; OLG Köln, FamRZ 1983, 709, 710; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 16; Erman/Heckelmann, § 1389 Rz. 5

4) OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 704; OLG Celle, FamRZ 1984, 1232, 1233; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 284; OLG Köln, FamRZ 1983, 709, 710

5) allg. M. vgl.: OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 704 m.w.N.; OLG Köln, FamRZ 1983, 709, 710 m.w.N.; RG Gruchot 46, 655; KG, JW 1936, 677, JW 1936, 1464; OLG Düsseldorf 1984, 704; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 284; Bartholomeyczik, JZ 1965, 500; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 887 Anm. 6; Zöllner/Stöber, § 887 Rz. 3; Thomas/Putzo, § 887 Anm. 1; Dölle I, S. 846; Furtner, NJW 1965, 373, 374; Blomeyer, ZwVR, S. 438 f; Bedenken: Bruns/Peters, S.248 Fn 25, die eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen vorschlagen.

gegangen, so kann dieser bestimmen, daß die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld erfolgen soll. Nach § 887 Abs. 1 kann der Gläubiger die Maßnahmen auf Kosten des Schuldners durchführen und nach § 887 Abs. 2 den entsprechenden Geldbetrag als Vorauszahlung vom Schuldner verlangen. Dieser Anspruch ist nicht lediglich auf Hinterlegung gerichtet; der Ermächtigungsbeschluß nach § 887 Abs. 2 ist nach den Vorschriften über die Vollstreckung einer Geldforderung gemäß §§ 803 ff. vollstreckbar.¹⁾ Der Anspruch auf Sicherheitsleistung kann somit in eine Geldforderung übergehen, die durch Arrest gesichert werden kann.²⁾ Für die Anwendung der Arrestvorschriften reicht es aus, daß der Übergang in eine Geldforderung im Rahmen der Zwangsvollstreckung möglich ist.³⁾

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist somit durch Arrest sicherungsfähig. Die Anordnung des Arrestes führt noch nicht zur Erfüllung des Anspruchs, so daß die vom OLG Celle⁴⁾ angeführten Bedenken, die im konkreten Falle allerdings eine einstweilige Verfügung betrafen, für den Arrest jedoch im gleichen Maße gelten sollen, nicht durchgreifen.

Gegen den Arrest spricht auch nicht das vom OLG Hamburg⁵⁾ angeführte Argument, daß der Gläubiger durch die Vollziehung des Arrestes schon vor dem

1) OLG Köln, FamRZ 1983, 709, 710; OLG Hamm, FamRZ 1985, 71; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 887 Anm. 3, 5

2) RG Gruchot 46, 655; Furtner, NJW 1965, 373, 375

3) OLG Hamm, FamRZ 1985, 71; Wieczorek/Schütze, § 916 Anm. A III a 3; Harms, FamRZ 1966, 585, 587

4) FamRZ 1984, 1231

5) FamRZ 1982, 284

Entstehen des Zugewinnausgleichsanspruchs sich eine Sicherheit verschaffen könne, obwohl ein zukünftiger Anspruch noch nicht sicherungsfähig ist. Auch im Falle der Zwangsvollstreckung eines Urteils aus der materiellen Klage nach § 1389 BGB würde dieses Ergebnis eintreten;¹⁾ diese Konsequenz ist die Folge des materiellen Anspruchs auf Sicherheitsleistung.²⁾

2. Sicherungsmöglichkeiten nach Beendigung des Güterstandes

Da mit Beendigung des Güterstandes die Ausgleichsforderung entsteht, kann die Geldforderung durch Arrest gesichert werden.³⁾

1) OLG Köln, FamRZ 1983, 709, 711

2) Hält man eine einstweilige Verfügung für zulässig, so können die Bedenken gegen eine Erfüllungswirkung im vorläufigen Verfahren dadurch vermieden werden, daß im Wege der einstweiligen Verfügung kein Veräußerungs- bzw. Verfügungsverbot und auch keine Sequestration angeordnet werden, OLG Hamburg, JZ 1965, 498 m. zust. Anm. Bartholomeyczik, JZ 1965, 500 unter Aufgabe seiner gegenteiligen Auffassung in Erman/Bartholomeyczik, 3. Aufl., § 1389 Anm. 4; MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 15; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 21; Soergel/Lange, § 1389 Rz. 11; Palandt/Diederichsen, § 1389 Anm. 1; Erman/Heckelmann § 1389 Rz. 5; BGB/RGRK-Finke, § 1389 Rz. 7; Ziege, NJW 1964, 2394 f; a.A. Harms, FamRZ 1966, 585, 587 ff.; Ullmann, NJW 1971, 1294; ohne Begr. Dölle I, S. 846;

Da nach materiellem Recht ein derartiges Verfügungsverbot nicht besteht, kann ein solches auch nicht mit einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden. Anordnungen nach § 936 Abs. 2 dürfen den Rahmen des von den §§ 1389, 232 BGB umrissenen Hauptanspruch nicht überschreiten; Verfügungsverbote sind den §§ 232 ff. BGB jedoch fremd, Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 21; Baur, Studien, S. 49 ff.

3) Furtner, NJW 1965, 373, 376 f

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 1389 besteht nur während der Dauer des Prozesses über die Auflösung der Ehe oder den vorzeitigen Ausgleich. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung entfällt, wenn Klage oder Scheidungsantrag zurückgenommen werden, als auch dann, wenn der Güterstand durch rechtskräftiges Urteil, Tod oder Ehevertrag beendet wird.¹⁾

Der Gläubiger kann nun seinen Ausgleichsanspruch durch Arrest sichern, wenn er nicht bereits eine Sicherheitsleistung hat.²⁾

Erstrebt der ausgleichsberechtigte Ehegatte die Übertragung bestimmter Gegenstände gemäß § 1383 BGB, kann das FamG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einstweilige Anordnungen treffen.³⁾

III. Vorläufiger Rechtsschutz zur Erlangung eines Prozeßkostenvorschusses

In engem Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ansprüchen steht die vorläufige Regelung eines Prozeßkostenvorschusses. Die arme Partei, die selbst nicht in der Lage ist, die zur Prozeßführung erforderlichen Kosten zunächst aus eigenen Mitteln zu tragen, kann nach Maßgabe der §§ 114 ff. Prozeßkostenhilfe als staatliche Hilfe erlangen; ein solcher Anspruch besteht jedoch dann nicht, wenn

1) MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 5; Staudinger/Thiele, § 1389 Rz. 7, anders aber Rz. 24; Dölle I, S. 845 f

2) MünchKomm/Gernhuber, § 1389 Rz. 5

3) dazu Furtner, NJW 1965, 373, 377; und oben S. 164 ff.

die arme Partei einen realisierbaren Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß hat.¹⁾

1. Grundlage des Anspruchs auf Prozeßkostenvorschuß

Seine materielle Grundlage findet der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß als Ausfluß des Unterhaltsrechts in § 1360 a BGB (für Ehegatten) und in § 1610 Abs. 2 BGB (für Kinder).²⁾

Die umstrittene Frage, ob auch zwischen geschiedenen Ehegatten ein Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß besteht, ist vom BGH durch Urteil vom 9.11.1983 verneint worden.³⁾

Als Teil des Unterhaltsanspruchs gehört der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß zu den Familiensachen, die die gesetzliche Unterhaltspflicht betreffen, § 621 Abs. 1 Nr. 4, 5.⁴⁾

1) OLG Oldenburg, FamRZ 1981, 1176; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 593; OLG Bremen, FamRZ 1982, 1074; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 982; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 114 Anm. 2 c; Rolland, § 1360 a Rz. 50

2) Allg. M.: BGH, FamRZ 1964, 558, FamRZ 1971, 360; FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508, 1509; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 815; FamRZ 1979, 1024; OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 164; OLG München, FamRZ 1979, 42; Palandt/Diederichsen, § 1360 a Anm. 3 a; § 1610 Anm. 3 c; Rolland, § 1360 a Rz. 55; Dölle I, S. 443 f zu § 1360 a m.w.N.; zweifelnd MünchKomm/Wacke, § 1360 a Rz. 21

3) BGH, FamRZ 1984, 148 = NJW 1984, 291

4) OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 1141; Zöllner/Philippi, § 621 Rz. 44; unklar Stein/Jonas/Schlosser, § 620 a Rz. 14: "... weil in § 621 Abs. 1 Nr. 5 Prozeßkostenvorschüsse nicht erwähnt sind und die dort genannten Unterhaltsansprüche nicht auch im weiteren Sinne (nämlich unter Einschuß der Prozeßkostenvorschußpflicht) verstanden werden können."

Der Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß umfaßt auch die Kosten für das Anordnungsverfahren selbst.¹⁾

2. Gesetzliche Verfahrensregelung

Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Prozeßkostenvorschuß bietet das Gesetz mehrere Möglichkeiten von Eilmaßnahmen an; es sind dies die §§ 127 a, 620 S. 1 Nr. 9 und 621 f. Bei diesen Vorschriften handelt es sich nur um verfahrensrechtliche Bestimmungen, die einen Anspruch auf Prozeßkostenvorschuß nach materiellem Recht voraussetzen.²⁾

a) § 620 S. 1 Nr. 9 ZPO

§ 620 S. 1 Nr. 9 betrifft in seiner geltenden Fassung trotz des nicht einschränkenden Wortlauts nur den Anspruch eines Ehegatten auf Prozeßkostenvorschuß zur Durchführung der Ehesache einschließlich der in diesem Verfahren ergehenden einstweiligen Anordnung. Für andere Ansprüche, auch für Folgesachen im Rahmen des Verbundes gilt § 620 S. 1 Nr. 9 nicht.³⁾

-
- 1) OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 732 (zu § 127 a); KG, JR 1951, 156; OLG Düsseldorf, NJW 1956, 1804; MünchKomm/Wacke, § 1360 a Rz. 29 f; a.A. Bölling, S. 143; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 11
 - 2) BGH, FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508; OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 1037; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 908; OLG Oldenburg, FamRZ 1982, 384; OLG Schleswig, SchlHA 1979, 19; OLG München, FamRZ 1980, 448; Rolland, § 620 Rz. 49 f
 - 3) BGH FamRZ 1981, 759 = NJW 1981, 2305 = MDR 1981, 1001; BayObLG, FamRZ 1980, 814 = MDR 1980, 584; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 34 c; Erman/Heckelmann, § 1360 a Rz. 35; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 69; Brüggemann, FamRZ 1977, 1, 17, 20; Diederichsen, NJW 1977, 601, 607; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 620 Anm.15; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 57; Rosenberg, § 169 I 9 (S. 1051); a.A. Stein/Jonas/Schlosser, § 620 Rz. 11

Diese Auffassung entsprach schon der h.M. zu § 627 a.F.¹⁾ und ergibt sich nach neuem Recht zwar nicht aus dem Wortlaut, jedoch aus der Stellung dieser Vorschrift innerhalb der allgemeinen Vorschriften für Ehesachen und nicht im Titel über Scheidungs- und Folgesachen.²⁾

Die Bedenken von Schlosser,³⁾ daß man dann für andere Verfahren auf einstweilige Verfügungen ausweichen müßte, treffen nicht zu, weil in Folgesachen bei Anhängigkeit der Hauptsache einstweilige Anordnungen nach §§ 127 a, 621 f möglich sind.⁴⁾

Nach § 620 S. 1 Nr. 9 kann daher ein Prozeßkostenvorschuß für eine Folgesache erst beantragt werden, wenn diese anhängig gemacht worden ist, §§ 127 a Abs. 2 S. 2, 621 f Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 620 a. Bei einer Anwendung des § 620 S. 1 Nr. 9 wäre die Anhängigkeit der Ehesache ausreichend.

Eine Änderung wird sich durch § 620 S. 1 Nr. 9 in der Fassung des UAndG⁵⁾ ergeben. Danach werden von § 620 S. 1 Nr. 9 "Kostenvorschüsse für die Ehesache und Folgesachen" erfaßt. Ein Kostenvorschuß für eine Folgesache kann daher nach § 620 a Abs. 2 beantragt werden, sobald die Ehesache

1) OLG Düsseldorf, NJW 2976, 1851; OLG Frankfurt, FamRZ 1961, 531

2) BGH a.a.O.;

3) Stein/Jonas/Schlosser § 620 Rz.11, Fn 108

4) Zöller/Philippi, § 620 Rz. 69

5) BT-Drucks. 10/2888

anhängig oder ein Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe eingereicht ist.

b) Anwendungsbereiche des § 127 a und des § 621 f ZPO

In § 621 f findet sich die Rechtsgrundlage für einstweilige Anordnungen für alle übrigen Familiensachen mit Ausnahme der Ehesachen und der Unterhaltsverfahren der § 621 Abs. 1 Nr. 4 und 5.¹⁾

Die von dieser Regelung ausgenommenen noch verbleibenden Familiensachen d.h. die Unterhaltsansprüche, werden von § 127 a erfaßt. Danach ist das Gericht ermächtigt, allgemein in Unterhaltssachen durch einstweilige Anordnung die Verpflichtung zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses für den Unterhaltsrechtsstreit unter den Parteien zu regeln.²⁾

-
- 1) Diederichsen, NJW 1977, 601, 607; Thomas/Putzo, Anm. zu § 127 a; Zöller/Philippi, § 621 f Rz. 2
- 2) Diederichsen a.a.O.; Stollenwerk in Rahm, VI Rz. 57; Thomas/Putzo, Anm. zu § 127 a; Zöller/Philippi, § 621 f Rz. 2; Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 34 c; MünchKomm/Wacke, § 1360 a Rz. 21; Sedemund-Treiber, DRiZ 1976, 331, 335 Fn. 34; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 127 a Anm. 1

c) Verhältnis zu anderen Verfahren

Besteht die Möglichkeit der einstweiligen Anordnung, so wird die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung durch die gesetzliche Sondervorschrift der einstweiligen Anordnung verdrängt.¹⁾

Insoweit gilt nichts anderes als im Verhältnis von einstweiliger Verfügung zu einstweiliger Anordnung betreffend Unterhaltsansprüche.²⁾

Zu ergänzen ist, daß auch nach Abschluß des Verfahrens, wenn die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nicht mehr besteht, Prozeßkostenvorschuß nicht im Wege der einstweiligen Verfügung erlangt werden kann; denn nach Abschluß eines Rechtszuges besteht nach materiellem Recht keine Verpflichtung mehr zur Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses.³⁾

Durch die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung wird jedoch die Zulässigkeit einer ordentlichen Klage auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses nicht in Frage gestellt.⁴⁾

-
- 1) BGH, FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508; OLG Düsseldorf, JurBüro 1980, 770; Zöllner/Philippi, § 621 f Rz. 3
 - 2) s.o. S. 187 ff.
 - 3) OLG Karlsruhe, FamRZ 1980, 1037; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 620 Anm. 11 B (kein Rechtsschutzbedürfnis); Rolland, § 1360 a Rz. 49
 - 4) h.M.: BGH, FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 620 Anm.3; Stein/Jonas/Schlosser, § 620 a Rz. 14; Stein/Jonas/Leipold, § 114 Rz. 18; Baumbach/Lauterbach/Albers, vor § 620 Anm. 1; Wieczorek, § 620 Anm. A III: a; Zöllner/Philippi, § 620 Rz. 10; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 2 b, ee; OLG Hamm, FamRZ 1978, 816; a.A. MünchKomm/Wacke, § 1360 a Rz. 26

Dem Prozeßkostenvorschuß liegt ein materiell-rechtlicher Anspruch zugrunde, hinsichtlich dessen die einstweilige Anordnung nur vorläufigen Rechtsschutz gewährt.¹⁾

Eine vorläufige Entscheidung, die keiner materiellen Rechtskraft fähig ist, kommt dem Ergebnis eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens nicht gleich, welches den Rechtsschutz endgültig gewährt. Daher kann das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses nicht verneint werden.²⁾

3. Vorläufiger Rechtsschutz vor Anhängigkeit der Hauptsache

Eine einstweilige Anordnung gemäß §§ 127 a, 620 S. 1 Nr. 9, 621 f kann erst erlassen werden, wenn das betreffende Hauptverfahren anhängig oder wenn ein Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für dieses Verfahren eingereicht ist, § 620 a Abs. 2 S. 1.

Solange die Frage des Prozeßkostenvorschusses nicht geklärt ist, wird der Antragsteller das Kostenrisiko einer Klageerhebung scheuen; sind die Vermögensverhältnisse des Prozeßgegners gut, wäre ein Prozeßkostenhilfe-Gesuch von vornherein aussichtslos. Eine Klage auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses kann sich unter Umständen lange hinziehen und daher die Interessen des Antragstellers nicht rechtzeitig wahren.

1) BGH a.a.O.; Leipold, S. 157 f

2) Leipold, S. 149 (Fn 61), 155

Daher stellt sich die Frage, ob im Wege der einstweiligen Verfügung ein Prozeßkostenvorschuß verlangt werden kann, noch bevor das Verfahren, für das Prozeßkostenvorschuß begehrt wird, anhängig ist. Dies ist umstritten.

a) Meinungsstand

Wohl überwiegend wird in Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ die Auffassung vertreten, daß die §§ 127 a, 620 S. 1 Nr. 9, 621 f eine schlechthin abschließende Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes zur Erlangung eines Prozeßkostenvorschusses darstellen und daß durch diese Regelung das Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende einstweilige Verfügung entfällt; dem Sinn der gesetzlichen Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes in den §§ 127 a, 620 S. 1 Nr. 9, 621 f widerspreche es, vor Einreichung der Klageschrift oder des Prozeßkostenhilfegesuchs einstweiligen Rechtsschutz im Wege der einstweiligen Verfügung zu gewähren.

Von einer anderen Meinung wird die Möglichkeit, Prozeßkostenvorschuß im Wege der einstweiligen Verfügung zu erlangen, bejaht, solange eine einstweilige Anordnung noch nicht zulässig ist, also

-
- 1) OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 526 = NdsRpfl 1978, 170; OLG Hamm (6. FamS), NJW 1978, 2515; OLG Düsseldorf (3. FamS), FamRZ 1980, 175
 - 2) Zöller/Philippi, § 620 Rz. 22; Walter, Neuer Prozeß, S. 191 f = FamRZ 1979, 683 f, Der Prozeß, S. 211; Vogel, AnwBl 1980, 398, 399; Schulz, DAVorm 1976, 537, 551; Bölling, S. 153 ff.; Göppinger/Wax, Rz. 3186; wohl auch Stein/Jonas/Schlosser, § 620 a Rz. 13; offen gelassen in Erman/Ronke, vor § 1564 Rz. 34 c und Erman/Heckelmann, § 1360 a Rz. 35

vor Einreichung der Klage oder des Prozeßkostenhilfegesuchs.¹⁾

b) Stellungnahme

Aus der umfassenden Neuregelung des Verfahrens bezüglich des Prozeßkostenvorschusses durch das 1.EheRG wird der Wille des Gesetzgebers erkennbar, insoweit eine abschließende Regelung zu schaffen, die keinen Raum für einen weiteren Weg des vorläufigen Rechtsschutzes läßt.²⁾

Es besteht auch kein Bedürfnis des Gläubigers für eine einstweilige Verfügung zur Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses; denn der Gläubiger hat die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, kostengünstig eine einstweilige Anordnung zu erlangen. Wenn der Gläubiger das Kostenrisiko der Klageerhebung scheut, reicht es aus, daß ein Gesuch um Prozeßkostenhilfe gestellt wird, § 620 a Abs.2 S. 2. Auf die Erfolgsaussichten dieses Gesuches stellt das Gesetz nicht ab; daher kann diese Möglichkeit nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden, bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Prozeßkostenvorschuß bestehe kein Anspruch auf Prozeßkostenhilfe. Im übrigen ist auch das einstweilige Verfügungsverfahren mit einem Kostenrisiko

1) OLG Düsseldorf (2.FamS), FamRZ 1978, 526 = NJW 1978, 895; wohl auch FamRZ 1982, 408; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 982; Palandt/Diederichsen, 41.Aufl., Einf. 4 m vor § 1564; 44.Aufl., § 1360 a Anm. 3 a; Thomas/Putzo, § 620 Anm. 1 b, cc; Parche, NJW 1979, 139, 144; Köhler, Rz. 250; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 940 Anm. 3 B "Ehe, Familie"

2) OLG Oldenburg, FamRZ 1978, 526; vgl. auch Begr. des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/4361 S.62, 146

verbunden, zumal gegen die einstweilige Verfügung eine Berufung zulässig ist. Der Gläubiger wird durch den Verweis auf eine einstweilige Anordnung auch nicht in seiner Rechtsverfolgung beeinträchtigt; denn sowohl für die einstweilige Verfügung als auch für die einstweilige Anordnung sind die zur Begründung des Unterhaltsanspruchs erforderlichen Angaben darzulegen und glaubhaft zu machen.¹⁾

C. Fragen des sekundären Rechtsschutzes

I. Abgrenzung des primären zum sekundären vorläufigen Rechtsschutzes

Bislang ging es um Fälle, in denen vorläufiger Rechtsschutz durch eine erstmalige Entscheidung des Gerichts begehrt wurde; es soll erstmals ein - wenn auch vorläufiger - Rechtstitel geschaffen werden. Diese Gruppe des vorläufigen Rechtsschutzes nennt Baur²⁾ den primären oder vorgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz.

Demgegenüber knüpft der sekundäre oder nachgeschaltete Rechtsschutz an einen bereits vorhandenen Rechtstitel an;³⁾ es geht um dessen vorläufige Vollstreckbarkeit oder um die vorläufige Hinderung der Durchsetzung dieses Titels.

1) OLG Hamm, NJW 1978, 2515; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 175

2) Studien, S. 10

3) Baur, Studien, S. 9 f

1. Sekundärer Rechtsschutz im FGG

Regelungen des sekundären Rechtsschutzes finden sich im FGG in § 18 Abs. 1 und insbesondere in § 24 Abs. 2 und 3 FGG. Während § 18 Abs. 1 FGG eine endgültige Regelung ermöglicht, bieten § 24 Abs. 2 und 3 FGG dem erstinstanzlichen und dem Beschwerdegericht die Möglichkeit, die Vollziehung auszusetzen.

Die Aussetzung der Vollziehung kommt in Betracht bei Entscheidungen, die eines Vollzuges bedürfen, nicht jedoch, wenn die rechtlichen Wirkungen von selbst mit dem Wirksamwerden der Entscheidung eintreten.¹⁾

2. Sekundärer Rechtsschutz in der ZPO

In der ZPO ist der vorläufige sekundäre Rechtsschutz an mehreren Stellen geregelt. Die §§ 708 ff bestimmen, welche Urteile unter welchen Voraussetzungen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind.²⁾ Vorschriften über die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Urteilen sind in den §§ 707, 719, 769 enthalten. Die Aussetzung der Vollziehung einstweiliger Anordnungen nach § 620 ist in § 620 e geregelt.

1) Bumiller/Winkler, § 24 Anm. 3; Zur Anwendung des § 16 FGG auf Familiensachen: OLG Bremen, NJW 1979, 1051

2) Baur, Studien, S. 44

II. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Unterhaltstiteln

Problematisch sind im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes Maßnahmen zur Einstellung der Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Titeln sowie aus unanfechtbaren einstweiligen Anordnungen gemäß § 620 S.1 Nr. 4 und Nr. 6.

In der Praxis sind vor allem Maßnahmen gegen Unterhaltstitel bedeutsam. Hier geht es dem Schuldner, der der Auffassung ist, Unterhalt nicht oder nicht mehr zu schulden, darum, Vollstreckungsmaßnahmen und damit in aller Regel irreparable Vermögensverschiebungen zu verhindern.

1. In Betracht kommende Verfahren

Prozessual treten die Probleme im Rahmen von negativen Feststellungsklagen, Abänderungsklagen und Zwangsvollstreckungsklagen gemäß § 767 auf.

a) bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils

Wendet sich der Schuldner gegen einen rechtskräftig durch Urteil in einem ordentlichen Erkenntnisverfahren titulierten Anspruch, so kann er seine Rechte im Abänderungsverfahren gemäß § 323 oder im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 geltend machen;¹⁾ auch diese ist eine Familiensache, da sie den Unterhalt betrifft.²⁾

1) BGH, FamRZ 1979, 573, 575; Klauser, MDR 1981, 711 ff.; Hahne, FamRZ 1983, 1191; Meister, FamRZ 1980, 864, der sich allerdings gegen eine Abgrenzung der beiden Klagearten ausspricht.

2) BGH, FamRZ 1978, 672

Beide Klagearten schließen sich nach h.M. gegenseitig aus,¹⁾ können jedoch in einem Eventualverhältnis miteinander verbunden werden.²⁾

Die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 verfolgt das Ziel, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel ganz oder teilweise für unzulässig zu erklären.³⁾

Umstände, die weder für die Höhe, noch für die Dauer des Unterhalts bei der Titulierung einer Rolle spielen, fallen als Einwendungen unter § 767; dazu gehören vor allem Erfüllung, Verzicht, Verjährung und Verwirkung.⁴⁾

Dazu gehören auch sonstige Ereignisse, die dazu führen, daß der Unterhaltsanspruch für die Zukunft endgültig vernichtet wird.⁵⁾

-
- 1) OLG Bamberg, FamRZ 1980, 617; OLG Düsseldorf, MDR 1972, 56; FamRZ 1979, 794; 1980, 1046; 1981, 306; KG, FamRZ 1978, 528; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 139; OLG Köln, MDR 1962, 314; Zöller/Vollkommer, § 323 Rz. 15; Rosenberg/Schwab, § 159 V; W.Köhler, FamRZ 1980, 1088; Klausner, MDR 1981, 713, der jedoch vorschlägt, aus prozeßökonomischen Gründen im Rahmen einer Abänderungsklage auch Einwendungen zu berücksichtigen, die an sich unter § 767 fallen, um so einen zweiten Prozeß zu vermeiden; Zöller/Schneider, § 767 Rz. 2; Thomas/Putzo, § 323 Anm. 1 und § 767 Anm. 2; a.A. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 323 Anm. 1; Meister, FamRZ 1980, 864; vgl. auch Hampel, FamRZ 1982, 656, 664
 - 2) BGH, FamRZ 1979, 573, 575; Baumgärtel, FamRZ 1979, 791; Klausner, MDR 1981, 713, der darauf hinweist, daß eine solche Verbindung nicht möglich ist, wenn die für beide Klagen maßgeblichen Gesichtspunkte nicht identisch sind (§§ 767, 802); Zöller/Vollkommer, § 323 Rz.16
 - 3) Meister, FamRZ 1980, 865
 - 4) OLG Bamberg, FamRZ 1983, 84; 1980, 617; KG, FamRZ 1978, 528, Klausner, MDR 1981, 713, Flieger, MDR 1980, 804
 - 5) OLG Zweibrücken, FamRZ 1979, 929, 930; JurBüro 1979, 914; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 306

Die Abänderungsklage stellt den richtigen Rechtsbehelf dar, wenn die für den Unterhaltsanspruch wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen durch eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse betroffen werden.¹⁾

**b) bei einstweiligen Anordnungen gemäß § 620
Satz 1 Nr. 4 und 6 ZPO**

Durch eine einstweilige Anordnung gemäß § 620 S.1 Nr. 4 und 6 wird der Unterhalt nur im summarischen Verfahren geregelt.²⁾ Mit einer derartigen Regelung werden häufig weder der Gläubiger noch der Schuldner zufrieden sein. Das gilt umso mehr, als eine Klärung des Unterhalts im Wege der einstweiligen Anordnung nur durch eine Instanz zulässig ist; ein Rechtsmittel ist gemäß § 620 c unstat-

1) BGHZ 70, 151, 157 = FamRZ 1978, 177, 179; FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330; OLG Bamberg, FamRZ 1980, 617; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 306 f; Klauser, MDR 1981, 713; Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 87 IV 5; Stein/Jonas/Schlösser/Lange, § 323 Anm.III 2 m; Zöllner/Schneider, § 767 Rz. 2; a.A. Zöllner/Vollkommer, 323 Rz.15, der auf den Unterschied zwischen rechtsvernichtenden/rechtshemmenden Einwendungen (dann § 767) und darauf abstellt, daß mit § 323 geltend gemacht werde, der rechtsbegründende Tatbestand, der dem abzuändernden Urteil zugrunde liege, habe sich anders entwickelt, als im Urteil angenommen; so auch Thomas/Putzo, § 323 Anm. 1 und § 767 Anm. 2; Rosenberg/Schwab, § 159 V

2) Zur Rückforderung von Unterhalt, wenn eine einstweilige Anordnung gemäß § 620 S. 1 Nr.6 über Bestand und Höhe des materiell-rechtlichen Unterhaltsanspruchs hinausgeht, vgl. BGH, FamRZ 1984, 767 = NJW 1984, 2095; FamRZ 1985, 368; OLG München, FamRZ 1985, 410

haft.¹⁾ Zwar besteht die Möglichkeit einer Abänderung gemäß § 620 b; auch in diesem Rahmen erfolgt jedoch nur eine summarische Prüfung. Wegen der nur summarischen Natur der einstweiligen Anordnung ist anerkannt, daß durch die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung ein ordentliches Erkenntnisverfahren nicht ausgeschlossen wird.²⁾

Ähnlich wie Arrest- oder Verfügungsgläubiger und -schuldner können Anordnungsgläubiger und -schuldner eine Entscheidung über den Unterhalt im ordentlichen Prozeßverfahren herbeiführen. In Betracht kommen auf seiten des Schuldners je nach Art der Einwendung eine Klage auf Feststellung, daß ein Unterhaltsanspruch nicht oder nicht in der zuerkannten Höhe besteht sowie eine Zwangsvollstreckungsgegenklage,³⁾ während der Gläubiger seine

-
- 1) Ausnahmsweise wird eine Beschwerde dann für zulässig gehalten, wenn Anordnungsentscheidung "handgreiflich" bzw. "greifbar" gesetzwidrig ist, wenn also die gesetzlichen Grundlagen öffentlich fehlen, vgl. z.B. OLG Hamm, FamRZ 1985, 85; OLG Frankfurt, FamRZ 1985, 193; Borgmann, FamRZ 1985, 339 m.w.N.; Walter, Der Prozeß, S. 143 f.; Zöllner/Philippi, § 620 c m.w.N.; s. auch BGHZ 28, 349, 350
 - 2) BGH, FamRZ 1979, 472 = NJW 1979, 1508; FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330; FamRZ 1984, 767; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 503 f; OLG Köln, FamRZ 1984, 717
 - 3) BGH, FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 148; 1982, 196; OLG Koblenz, FamRZ 1983, 1148; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 503; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 480; OLG Saarbrücken, FamRZ 1980, 385; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 1119; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 730; 1984, 717; OLG Köln, FamRZ 1984, 717; OLG Hamm, FamRZ 1980, 277; Zöllner/Philippi, § 620 f Rz. 16; Griesche, FamRZ 1981, 1035; Walter, Der Prozeß, S. 218

Rechte im Wege der Leistungsklage verfolgen kann.¹⁾

Während mit der negativen Feststellungsklage die materiellen Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs in einem ordentlichen Verfahren geklärt werden, können mit der Zwangsvollstreckungsgegenklage gegen den titulierten Anspruch die Einwendungen des § 767 Abs. 1 und 2 geltend gemacht werden.²⁾

Eine Abänderungsklage nach § 323 ist gegen eine einstweilige Anordnung nicht möglich,³⁾ da die einstweilige Anordnung kein Schuldtitel ist, dessen Abänderung nach § 323 Abs. 4 in Verbindung mit § 794 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 vorgesehen ist⁴⁾ und weil einstweilige Anordnungen nicht nur bei Änderung der Verhältnisse, sondern jederzeit abgeändert werden können.⁵⁾

Auch nach Abschluß des Eheverfahrens durch Scheidung der Ehe muß sich der Schuldner gegen die Inanspruchnahme aus der einstweiligen Anordnung, die gemäß § 620 f wirksam bleibt, durch negative Feststellungsklage wehren; der Gläubiger seiner-

-
- 1) BGH a.a.O.; KG FamRZ 1978, 718; OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 916; OLG Saarbrücken, FamRZ 1980, 277; KG, FamRZ 1978, 685; Gießler, FamRZ 1982, 129
 - 2) BGH, FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330; BGHZ 24, 269, 272 = FamRZ 1957, 316; OLG Saarbrücken, FamRZ 1980, 385; OLG Nürnberg, MDR 1979, 149; Stollenwerk/Rahm VI Rz. 6 und Rz. 34; Heinze, MDR 1980, 895, 898; Zöllner/Philippi, § 620 f Rz. 16; Göppinger/Wax, Rz. 3196; Thomas/Putzo, § 767 Anm. 3 b a.A.: OLG Hamburg, NJW 1978, 1272; OLG München, MDR 1980, 148
 - 3) BGH, FamRZ 1983, 355; Göppinger/Wax, Rz. 3195; Zöllner/Philippi, § 620 b Rz. 17; OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 175; a.A. OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 1021
 - 4) OLG Schleswig, FamRZ 1981, 190; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 148
 - 5) Zöllner/Philippi, § 620 b Rz. 17; a.A. Braeuer, S. 150

seits kann einen Anspruch auf höheren Unterhalt durch positive Leistungsklage verfolgen.¹⁾ Braeuer²⁾ schlägt darüber hinaus vor, dem Unterhaltsschuldner nach Rechtskraft der Ehescheidung in analoger Anwendung von § 926 die Möglichkeit zu geben, den Unterhaltsgläubiger zur Erhebung der Leistungsklage zu zwingen.

c) bei sonstigen Titeln gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 ZPO

Auf Titel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 sind die Vorschriften über Abänderungsklagen und Zwangsvollstreckungsgegenklagen entsprechend anwendbar.³⁾

Ein Vergleich, der im Verfahren der einstweiligen Anordnung geschlossen wird, hat jedoch im Regelfall keine weitergehende Wirkung, als sie die einstweilige Anordnung gehabt hätte. Der Vergleich tritt nur an die Stelle der ursprünglich von einer Partei begehrten einstweiligen Anordnung.⁴⁾ Schuldner und Gläubiger haben somit gegen einen derartigen Vergleich dieselben Rechtsbehelfe wie gegen eine einstweilige Anordnung.

1) BGH, FamRZ 1983, 355 = NJW 1983, 1330; OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 719; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 1119

2) S. 270; derselbe FamRZ 1984, 298, 300

3) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 323 Anm. 5 A, b, c; § 767 Anm. 1 c

4) BGH, NJW 1983, 2200 = FamRZ 1983, 892; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 1119; OLG Hamburg, FamRZ 1982, 412; OLG Düsseldorf, FamRZ 1985, 86

2. Einstellung der Zwangsvollstreckung im
Rahmen von Zwangsvollstreckungsgegen- und
Abänderungsklagen

Für den Fall der Zwangsvollstreckungsgegenklage enthält § 769 eine gesetzliche Regelung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Für **Abänderungsklagen** ist eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gesetzlich nicht geregelt. Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Titeln, deren Abänderung beantragt wird, in entsprechender Anwendung des § 769 angeordnet werden kann.¹⁾

Die Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung hat auf den voraussichtlichen Erfolg der Klage Rücksicht zu nehmen.²⁾

Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung hat dann nicht zu erfolgen, wenn die Abänderungs- bzw. Zwangsvollstreckungsgegenklage keine Aussicht auf Erfolg hat. Desweiteren hat das Gericht im Rahmen des Ermessens die Belange und die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen.³⁾

1) BGH, LM Nr. 1 zu § 323 ZPO = NJW 1952, 546 m.w.N.; OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 529; 1982, 736; KG, FamRZ 1978, 528; OLG Karlsruhe, NJW 1975, 314; Baumbach/Hartmann, § 323 Anm. 3 D; Klausner, MDR 1981, 714; Zöllner/Vollkommer, § 323 Rz. 39; Thomas/Putzo, § 323 Anm. 5 b; Wieczorek, § 323 Anm. E III und § 769 Anm. A IV a 1; Meister, FamRZ 1980, 864, 866

2) BGH, LM Nr. 1 zu § 323 ZPO; Vogel, AnwBl 1980, 406

3) KG, FamRZ 1978, 413; OLG Frankfurt, NJW 1976, 2137; ausschließlich auf den letzten Gesichtspunkt und nicht auf die Erfolgsaussichten ist nach Baur, Studien S. 20 ff. abzustellen.

3. Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage

Eine gesetzliche Regelung, die die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung erlaubt, wenn wegen des Unterhaltsanspruchs im ordentlichen Verfahren eine negative Feststellungsklage erhoben wird, fehlt.¹⁾

Während inzwischen einhellig anerkannt ist, daß nach Rechtskraft des Scheidungsurteils bei Erhebung einer negativen Feststellungsklage die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Anordnung einstweilen eingestellt werden kann,²⁾ wird diese Frage für die Zeit der Anhängigkeit des Eheverfahrens unterschiedlich beurteilt.

Das OLG Hamm (3.FamS)³⁾ und das OLG Bremen (5.ZS-FamS)⁴⁾ halten die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung über Ehegattenunterhalt im Rahmen einer negativen Feststellungsklage für unzulässig, solange das Scheidungsverfahren anhängig ist. Für die Einstellung der Zwangsvollstreckung im Verfahren der negativen Feststellungsklage bestehe vor Abschluß des Ehescheidungsverfahrens kein Bedürfnis, da der Schutz des Schuldners durch die Vorschriften der §§ 620 ff. als Spezialregelung während des Scheidungsverfahrens hinreichend gewährleistet sei.

1) OLG Hamm, FamRZ 1982, 411 = NJW 1983, 460; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1046; Gießler, FamRZ 1982, 129

2) BGH, FamRZ 1983, 355, 357 = NJW 1983, 1330 m.w.N.; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 1119; Griesche, FamRZ 1981, 1025, 1035; Hassold, FamRZ 1981, 1036, 1039; Borgmann, FamRZ 1985, 341

3) FamRZ 1982, 411 = NJW 1983, 460; mit abl. Anm. Gießler, FamRZ 1983, 518

4) FamRZ 1981, 981; ebenso auch Zöller/Philippi, 13.Aufl., § 620 f Anm. III 5 e, aufgegeben in der 14. Aufl., § 620 f Rz. 22

Das OLG Köln (10.FamS)¹⁾ folgt dieser Ansicht jedenfalls dann, wenn das FamG bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung über einen Einstellungsantrag gemäß § 621 e befunden hat.

Die h.M. hält dagegen ein Bedürfnis für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage auch während der Anhängigkeit eines Eheverfahrens für gegeben, wobei die Einstellungsanordnung entweder auf §§ 707, 719 analog²⁾ oder auf § 769 analog gestützt wird.³⁾

Zum Teil wird nicht differenziert und die Einstellung auf eine entsprechende Anwendung der §§ 707, 719 und 769 gestützt.⁴⁾

Entgegen der Mindermeinung besteht trotz der Regelung in den §§ 620 b, 620 e ein Bedürfnis für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage. Die Verfahren sind nicht gleichwertig; im Verfahren nach § 620 b findet meist eine mündliche Verhandlung - mit Anwaltszwang - statt, bei einer Einstellung nach §§ 707, 719 oder 769 wird in aller Regel ohne mündliche Verhandlung entschieden;⁵⁾ diese

1) FamRZ 1981, 379

2) OLG Frankfurt, FamRZ 1980, 1139; 1984, 717 = NJW 1984, 1630; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 148; Zöller/Stöber, § 707 Rz. 3; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 707 Anm. 5 A

3) OLG Hamburg, FamRZ 1980, 904; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1046; OLG Hamm, FamRZ 1981, 693; OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 295; Zöller/Philippi, § 620 f Rz. 22; Klauser, MDR 1981, 711, 717; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 769 Anm. 1 A; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 148

4) Hassold, FamRZ 1981, 1036, 1039; Griesche, FamRZ 1981, 1035; Gießler, FamRZ 1983, 518, 519

5) Gießler, FamRZ 1983, 518

Einstellungsanordnung kann jederzeit geändert oder aufgehoben werden, auch ohne eine Veränderung der Sachlage.¹⁾

Ist dem Abänderungsantrag nach § 62o b einmal stattgegeben, so muß der Unterhaltsgläubiger, der wieder einen vollstreckbaren Titel erstrebt, einen Antrag auf Erlaß einer neuen Unterhaltsanordnung stellen, mit der Unterhalt nur für die Zukunft verlangt werden kann.²⁾

Befindet sich das Verfahren der negativen Feststellungsklage in der Berufungsinstanz, während die Ehesache noch beim FamG anhängig ist, wäre nach der Mindermeinung keine Kompetenz des OLG zu einer Anordnung einer Einstellung gegeben; nach § 62o a wäre weiterhin das FamG zuständig. Es entscheidet in solchen Fällen also nicht dasselbe Gericht.

Für die Zulässigkeit einer Einstellung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage analog §§ 7o7, 719 oder analog § 769 spricht auch die praktische Erwägung, daß dann die Einstellung wegen der möglichen Sicherheitsleistung eine flexiblere Abwägung der beiderseitigen Interessen ermöglicht, als dies nach §§ 62o ff. möglich ist.³⁾

1) Stein/Jonas/Münzberg, § 7o7 Rz. 22; Zöllner/Schneider, § 7o7 Rz. 1o; Messer, JuS 1969, 116, 119; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 7o7 Anm. 4 C; einschränkend Schneider, MDR 198o, 529, 53o

2) Giebler, FamRZ 1983, 518, 519

3) OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 717 = NJW 1984, 163o

4. Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen

Wie die einstweilige Anordnung ergeht die einstweilige Verfügung aufgrund eines summarischen Verfahrens mit besonderen Risiken für den Schuldner.

Wird gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch eingelegt, so ist nach § 924 Abs. 3 eine Einstellung in entsprechender Anwendung von § 707 möglich.

Gegen eine einstweilige Verfügung kann sich der Schuldner auch mit der negativen Feststellungsklage und mit einer Aufhebungsklage gemäß §§ 936, 927 zur Wehr setzen.¹⁾

Er hat auch gemäß § 925 Abs. 1 die Möglichkeit, den Verfügungsgläubiger zur Erhebung der Hauptsacheklage zu zwingen. Im Rahmen dieses Verfahrens findet nach allgemeiner Meinung § 924 Abs. 3 S. 2 entsprechende Anwendung, so daß eine Einstellung der Zwangsvollstreckung möglich ist, selbst wenn gegen die einstweilige Verfügung noch mit Widerspruch oder Berufung vorgegangen werden kann.²⁾

III. Rechtsmittel gegen Einstellungsbeschlüsse

Die Anfechtung von Einstellungsbeschlüssen des erstinstanzlichen Gerichts ist, da gesetzlich nicht

1) Gießler, FamRZ 1982, 130

2) OLG Zweibrücken, FamRZ 1981, 698; Zöller/Vollkommer, § 927 Rz. 9, § 926 Rz. 28 und § 928 Rz. 8; Gießler, FamRZ 1982, 130; Stein/Jonas/Grunsky, § 927 Rz. 15 und § 938 Rz. 41; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 927 Anm. 4; Baur/Stürner, Rz. 946

abschließend ausdrücklich geregelt, umstritten.¹⁾
Einstellungsanordnungen durch Oberlandesgerichte
sind gemäß § 567 Abs. 3 unanfechtbar.

1. Einstellungsbeschlüsse analog §§ 707, 719 ZPO

Einstellungsbeschlüsse nach § 707 sind gemäß
§ 707 Abs. 2 grundsätzlich unanfechtbar.²⁾

Das gilt nach h.M. aber nur, soweit das Gericht
sein Ermessen im gesetzlichen Rahmen ausgeübt
hat. Ausnahmsweise wird die sofortige Beschwerde
dann zugelassen, wenn das Gericht die Voraussetzun-
gen eines Ermessens verkannt hat, also z.B. eine
Einstellung abgelehnt hat, weil die Voraussetzun-
gen der §§ 707, 719 nicht gegeben seien, oder
umgekehrt ohne jede gesetzliche Grundlage die
Zwangsvollstreckung eingestellt hat.³⁾

2. Einstellungsbeschlüsse analog § 769 ZPO

Bei einer Einstellung nach und analog § 769 ist
die Statthaftigkeit der Anfechtung umstritten.
Eine Meinung hält die sofortige Beschwerde gemäß
§ 793 für uneingeschränkt zulässig, weil das
Gesetz keine Einschränkung mache, insbesondere
keinen Verweis auf § 707 Abs. 2 S. 2 enthalte;
das Beschwerdegericht sei daher auch nicht in

1) Messer, JuS 1969, 116; Teubner, NJW 1974, 301;
Schneider, MDR 1980, 529

2) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 707 Anm. 4

3) OLG Frankfurt, NJW 1974, 1339; FamRZ 1980,
1139; OLG Hamm, NJW 1981, 132; OLG Karlsruhe,
FamRZ 1982, 401; OLG Koblenz, OLGZ 1981, 243 =
VersR 1981, 541; OLG Nürnberg, NJW 1982, 392;
OLG Zweibrücken, FamRZ 1981, 688, 689; Schneider,
MDR 1980, 529; Zöller/Schneider, § 707 Rz. 22;
Stein/Jonas/Münzberg, § 707 Rz. 23 m.w.N.;
Teubner, NJW 1974, 301, 302; Baumbach/Lauter-
bach/Hartmann, § 707 Anm. 4

der Nachprüfung beschränkt.¹⁾

Der überwiegende Teil von Rechtsprechung und Schrifttum geht jedoch trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte im Ergebnis übereinstimmend²⁾ davon aus, daß dem Beschwerdegericht keine uneingeschränkte Überprüfung möglich ist. Da die Sach- und Interessenlage der Einstellung gemäß § 707 vergleichbar sei, wird die Zulässigkeit der Beschwerde beschränkt auf die Fälle, in denen das Gericht die Voraussetzungen einer Ermessensentscheidung verkannt oder eine sonst greifbar gesetzeswidrige Entscheidung getroffen hat. Im Ausgangspunkt unterscheiden sich die Vertreter dieser Meinung dadurch, daß ein Teil von der grundsätzlichen Anfechtbarkeit ausgeht, diese aber auf die soeben dargestellten Fälle beschränkt.³⁾

Zu demselben Ergebnis führt in aller Regel die Ansicht, die zwar von der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit ausgeht, eine sofortige Beschwerde jedoch dann für statthaft hält, wenn sie auf greifbare Gesetzeswidrigkeit oder darauf gestützt wird, das erstinstanzliche Gericht habe die objektiven Voraussetzungen für eine Einstellung überhaupt zu Unrecht angenommen oder verneint oder die gesetz-

1) OLG Frankfurt, NJW 1953, 187; 1967, 576; OLG Hamburg, MDR 1966, 749; OLG Stuttgart, NJW 1959, 344; KG, FamRZ 1978, 528; NJW 1966, 785; OLG Köln, NJW 1968, 2342; MDR 1968, 767; 1964, 243; OLG Karlsruhe, OLGZ 1976, 478; OLG München, MDR 1977, 762; OLG Düsseldorf, NJW 1969, 2150; OLG Schleswig, SchlHA 1981, 148; OLG Hamm; FamRZ 1980, 476; 1981, 693; Beschluß vom 12.4.1978 - 1 WF 130/78

2) Messer, JuS 1969, 116, 117

3) OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 529 (Prüfung auf greifbare Gesetzesverstöße und grobe Ermessensfehler beschränkt); FamRZ 1982, 736; OLG Hamburg, NJW 1975, 225 (Überprüfung nur auf Ermessensfehler); FamRZ 1980, 904, 905; 1982, 412; 1982 622; 1984, 922; OLG Celle, NJW 1966, 936; OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 69; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1046; OLG Bamberg, FamRZ 1984, 1119; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 769 Anm. 3 B

lichen Grenzen seines Ermessens verkannt bzw. ein Ermessen überhaupt nicht ausgeübt.¹⁾

Ein Teil der Rechtsprechung hat sich für völlige Unanfechtbarkeit ausgesprochen.²⁾ Diesen Entscheidungen ist allerdings nicht zu entnehmen, daß sie für den Fall einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit keine Ausnahme machen wollen; auf die Zulassung einer derartigen Ausnahme deutet der Hinweis des OLG Hamm³⁾ hin, daß kein Grund bestehe, die Frage der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen in den Fällen der §§ 707, 719, 732, 766 einerseits und im Falle des § 769 andererseits unterschiedlich zu behandeln.

Da in der Tat die Interessen- und Prozeßlagen bei einer Einstellung nach §§ 707, 719 sowie nach § 769 gleichartig sind, führt die Auffassung zu überzeugenden und befriedigenden Ergebnissen, nach der die einstweilige Einstellung nach § 769 nur im Falle der greifbaren Gesetzeswidrigkeit und bei Verkennung der Ermessensgrenze mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.⁴⁾

Dies hat zur praktischen Konsequenz, daß eine Differenzierung, ob die einstweilige Einstellung auf entsprechende Anwendung der §§ 707, 719 oder von 769 gestützt wird, nicht erforderlich ist.

1) OLG Karlsruhe, FamRZ 1982, 400; OLG Zweibrücken, FamRZ 1981, 698, 699; OLG Düsseldorf, MDR 1967, 1019; OLG Hamm, Beschluß vom 9.6.1982
- 6 WF 303/82; KG, MDR 1982, 329; Wieczorék, § 769 Anm. C und § 707 Anm. F II a sowie § 793 Anm. B I b; Messer, JuS 1969, 116, 117; Zöllner/Schneider, § 769 Rz. 13; Schneider, MDR 1980, 529, 531

2) OLG Hamm, MDR 1977, 322; NJW 1975, 1932; JurBüro 1979, 1079 = MDR 1979, 852; OLG Oldenburg, NJW 1970, 2219 unter Aufgabe seiner früheren gegenteiligen Ansicht; OLG Karlsruhe, MDR 1974, 407; RGZ 35, 341 zu § 535 Abs. 3 CP0; OLG Schleswig, SchlHA 1978, 146

3) in MDR 1979, 852

4) Schneider, MDR 1980, 529, 531 f; Messer, JuS 1969, 116, 119 ff

Zusammenfassung und abschließende Würdigung

Im Rahmen der Arbeit ist dargelegt worden, daß ein einheitliches Verfahrensrecht für Familiensachen nicht existiert. Das Verfahren richtet sich danach, ob es sich bei der jeweiligen Familiensache um eine Materie der ZPO oder um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt; insoweit ist das Verfahren unterschiedlich ausgestaltet.

Bezüglich des vorläufigen Rechtsschutzes in selbständigen Familiensachen ist ebenfalls ein einheitliches Verfahrensrecht nicht festzustellen. Zwar findet sich den §§ 620 ff. ZPO eine einheitliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes für Familiensachen, und zwar sowohl für solche der ZPO als auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; jedoch ist der Anwendungsbeereich dieser Vorschriften auf die Zeit der Anhängigkeit einer Ehesache beschränkt. Eine Ausdehnung dieser Vorschriften im Wege der Analogie auf die Zeit vor oder nach Anhängig einer Ehesache ist nicht möglich, weil eine durch Analogie zu schließende Gesetzeslücke nicht vorliegt. Der Gesetzgeber hat eine einheitliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes außerhalb der Anhängigkeit von Ehesachen nicht beabsichtigt.

In Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet sich keine generelle Regelung des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes, die dem Institut des vorläufigen Rechtsschutzes in §§ 916 ff. ZPO entspricht. Eine Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes findet sich nur in einzelnen Vorschriften. Allerdings hat die Rechtsprechung auch ohne gesetz-

liche Regelung vorläufige Anordnung im Rahmen des Hauptverfahrens zugelassen, wenn hierfür ein dringendes Bedürfnis besteht.

Besonders problematisch ist der vorläufige Rechtsschutz in Hausratsverfahren, soweit es um die Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung vor Anhängigkeit einer Ehesache geht. Insoweit ist trotz der bestehenden Bedenken eine gerichtliche Regelung in (doppelter) analoger Anwendung der §§ 1361 a BGB, 18 a, 13 Abs. 4 HausratsVO als zulässig anzusehen. Zu diesem Problem beabsichtigt der Gesetzgeber eine gesetzliche Neuregelung in § 1361 b BGB.

In der ZPO ist der vorläufige Rechtsschutz in den §§ 916 ff. durch die Institute des Arrestes und der einstweiligen Verfügung geregelt. Diese haben grundsätzlich nur Sicherungscharakter. Darüber hinaus ist insbesondere in Unterhaltsverfahren von der Rechtsprechung in erweiternder Auslegung des § 940 der Regelungsbereich der einstweiligen Verfügung ausgedehnt worden; es ist heute allgemein anerkannt, daß durch eine sogenannte Leistungsverfügung dem Gläubiger in Unterhaltsverfahren ein (vorläufiger) Erfüllungsanspruch zugesprochen werden kann.

Vorläufiger Rechtsschutz zur Sicherung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich ist erst ab Beendigung des Güterstandes möglich, da der Anspruch auf Zugewinnausgleich erst mit diesem Zeitpunkt entsteht und vorher als nur zukünftiger Anspruch nicht durch Arrest sicherungsfähig ist, § 916 Abs. 2 ZPO. Insoweit gewährt allerdings § 1389 BGB schon vor Beendigung des Güterstandes einen Anspruch

auf Sicherheitsleistung. Dieser Anspruch ist als gegenwärtiger Anspruch durch Arrest sicherungsfähig.

Als Maßnahme des sekundären Rechtsschutzes ist die Einstellung der Zwangsvollstreckung auch aus unanfechtbaren Titeln im Rahmen einer Abänderungs-, einer Zwangsvollstreckungsgegenklage oder im Rahmen einer negativen Feststellungsklage möglich.

Die Verschiedenheit der Verfahren und die vorhandenen gesetzlichen Regelungslücken, die durch Richterrecht ausgefüllt werden müssen, führen dazu, daß der vorläufige Rechtsschutz kompliziert und sogar für den Juristen nur schwer zu übersehen ist. Aus diesem Grunde empfiehlt sich eine einheitliche und übersichtliche gesetzliche Regelung, so wie es für die Zeit der Anhängigkeit einer Ehesache und für die Leistung eines Prozeßkostenvorschusses bereits erfolgt ist. Diese Regelung könnte so aussehen, daß in sämtlichen Familienrechtsverfahren dem Gericht die Befugnis eingeräumt wird, einstweilige Anordnungen zu erlassen. Dies würde in ZPO-Familiensachen dazu führen, daß sich selbständige Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erübrigen.

L e b e n s l a u f

Am 25.09.1946 wurde ich als Sohn des Arztes Dr. Wilhelm Micus und seiner Ehefrau Martha in Brake geboren.

Nach dem Besuch von Volksschule und Gymnasium erwarb ich im Februar 1966 das Reifezeugnis. Anschließend begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen. Von Oktober 1966 bis September 1969 diente ich als Offizier auf Zeit bei der Bundeswehr. Danach setzte ich das Jurastudium zunächst an der Georg-August-Universität in Göttingen und ab 1971 an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster fort. Im Mai 1974 bestand ich die erste, im Februar 1977 die zweite juristische Staatsprüfung. Während der Referendarzeit war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Berg- und Energierecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster beschäftigt. Seit April 1977 bin ich als Rechtsanwalt tätig; im Mai 1978 wurde ich als Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Hamm zugelassen.

Seit Mai 1983 bin ich mit der Richterin Dr. Marion Weißen-Micus verheiratet.

